بحوث فى الشريعة الإسلامية

المسئولية المدنية - المقاصد والنيات
الإلتزام الخلقى - نظرية الإلتزام عند الحطاب
قواعد المرافعات

تاليف
المستشار الدكتور

محمد محمد شتا أبو سعد

الناشر
دار النهضة العربية
٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

١٩٩٤

(مطبعة هابو بكفر الشيخ)

إهـــــــــداء٢٠٠٦

المرحوم الدكتور/ علي حسين كرار

القاهرة

بحوث فى الشريعة الإسلامية

المسئولية المدنية - المقاصد والنيات
الإلتزام الخلقى - نظرية الإلتزام عند الحطاب
قواعد المرافعات

تأليف

المستشار الدكتور

محمد محمد شتا أبو سعد

الناشر

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

١٩٩٤

(مطبعة هابو بكفر الشيخ)

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده ، والصلاة والسلام على من لانبى بعده .. وبعد :

فهذه بعض بحوث فى الشريعة الاسلامية والقانون ، نشرت فى مجـــلات علمية متخصصة بمصر والخارج، وقد وجدت أن لها أهمية تقتضـــى ايداعها فى دار الكتب القومية ، فطبعت مائة نسخة لهذا الغـــرض وحده . مصورا اياه عن المجلة التى نشر بها دون تعديل ..

والله المستعان ..

محمد شتا أبو سعـــد

مجلة جامعة الإمام
محمد بن سعود الإسلامية

العدد السادس
المحرم ١٤١٣

تعريف المسؤولية المدنية بوصفها جانبا من الضمان في الفقه الإسلامي

للدكتور

محمد بن محمد شتا أبو سعد

مستشار التأمينات الاجتماعية
بالرياض

مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
العدد السادس
المحرم ١٤١٣

تمهيد وتقسيم :

لعل أشق مجالين من مجالات البحوث العلمية هما مجالا التعريفات والتقسيمات من جهة، واستظهار حقيقة المعايير التى تضبط الآراء العلمية من جهة أخرى، لأنهما يدفعان الباحث إلى ولوج خضم التأصيل لا التحليل، ابتغاء الوصول إلى الحد الجامع لأهم الصفات المبينة له، المانع من اختلاط غيره به، وهذا يقتضي الغوص أحياناً في صميم التصورات دون الوقوف عند ظاهر الصياغات، مع الإفادة من كل المعطيات التى تعين على تثبيت الحقيقة العلمية المرجو إليها، من خلال تفنيد الآراء، بمحاجة يحدوها الحماس اللازم للوصول إلى نتائج يأمل الباحث لو أنها أقنعت المتلقي، ولكن هيهات! فليس في ساحة البحث العلمي ثوابت مستقرة، إلا بقدر ما يُترك الموضوع دون أن يُطرق، فإن طُرق فلابد أن تتكشف بعض الأمور وتهتز بعض المفاهيم، لأنها قاصرة قصور البشر أنفسهم، فلا كمال إلا لله وحده، ولا استقرار أو استمرار إلا لشرعه وحكمه، لأنه شرع الحكيم الخبير الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه.

ويسرى هذا القول على هذا البحث، الذى يلتقط من البيئة الإسلامية اصطلاحا شائعا، وفد مع الاستعمار والمستشرقين، وهو اصطلاح المسئولية المدنية، الذى صار استعماله بمثابة الخبز اليومي في محاكم معظم بلدان العالم الإسلامي، فطغى على اصطلاح الضمان، حتى توهم البعض أن مكان الضمان هو بطون كتب فقهاء الإسلام، حيث لا قدرة له على قهر اصطلاح المسئولية المدنية والتعايش معه، وما علم هؤلاء أن اصطلاح المسئولية هو من صميم اصطلاحات الإسلام، نطق به القرآن

الكريم والسنة المطهرة، قبل أن نستورده من الخارج وننسى به الأصول الإسلامية التى ينبثق عنها.

والحق أن اصطلاح المسئولية المدنية هو جزء من اصطلاح الضمان في فقه الشريعة الإسلامية، التى أخذت منذ أربعة عشر قرناً ونيف بالمسئولية الموضوعية من خلال حديث نفي الضرر والضرار وجعل الضرر أساس الضمان، وقاعدة الغُرم بالغنم، وتضمين الصغار وعديمي التمييز وفاقدي الإرادة في أموالهم، ويبقى من الضروري رد الاصطلاح إلى أصوله، ليفهم من خلالها، ويفسر حسب قواعدها، وينطلق كنظرية عامة إسلامية، لا يُقعدها تصور حداثة الاصطلاح، مع أنه لا مشاحة في الاصطلاحات، عن بلورة عدل الإسلام وحلوله الرائدة، لتقدم للعالم معينا لا ينضب فى مجال التأصيل العلمي لأمهات المشكلات المعاصرة، التى تقتضى ضبطها بقواعد المسئولية التى ورد النص عليها صراحة فى القرآن الكريم في عشرة مواضع ونيف، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴾. [الإسراء: من الآية ٣٤]. وقوله سبحانه: ﴿ وَقِفُوهُمْ إِنَّهُم مَّسْـُٔولُونَ ﴾. [الصافات: ٢٤]. وقوله جلت حكمته وسمت مشيئته ﴿ لَا يُسْـَٔلُ عَمَّا يَفْعَلُ وَهُمْ يُسْـَٔلُونَ ﴾. [الأنبياء: ٢٣].

ولكي تتبلور حقيقة سبق الإسلام إلى معالجة أمهات مشكلات المسئولية المدنية كجزء من نظرية الضمان، فإنني أكتفي بالتفاصيل من خلال التعريف دون تزيد، وأقسم هذا البحث إلى مبحثين. أولهما: في تعريف المسئولية المدنية من خلال مشكلاتها في الأنظمة المعاصرة، تأكيداً لحقيقة تخلف الحلول الفقهية والقضائية الوضعية المعاصرة عما قدمته الشريعة الغراء منذ أكثر من أربعة عشر قرن، ومن ثم أكرس المبحث الثاني لتعريف هذه المسئولية كجزء من نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.

المبحث الأول

تعريف المسئولية المدنية من خلال مشكلاتها الهامة في القانون المدني الوضعي.

١ ـ تمهيد: فكرة المسئولية المدنية:

المسئولية بمعناها العام[1] قد تكون مسئولية قانونية أو نظامية لها جزاء قانوني[2] وقد تكون أخلاقية[3] أو أدبية، ليس لها جزاء وضعي مادي ملموس[4]، وإنما لها جزاء أخلاقي فقط، يتمثل في لوم النفس[5] وهو عظيم الأثر رغم أنه ذاتي فقد أقسم الله عز وجل بالنفس اللوامة ﴿ وَلَآ أُقۡسِمُ بِٱلنَّفۡسِ ٱللَّوَّامَةِ ﴾. [القيامة: ٢]. أو يتمثل في وخز الضمير[6].

والمسئولية القانونية تتنوع بالإضافة إلى المسئولية الإدارية وما إليها، إلى مسئولية جنائية[7] ومسئولية مدنية[8]. والمسئولية الجنائية هي جزاء فعل أضر بالمجتمع، أما

---

(١) مازو، المطول النظري والعملي للمسئولية المدنية ج ١ بمعاونة تونك ط ٦ باريس بند ١.

(٢) سليمان مرقس، المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ١٩٧١م، القسم الأول، الأحكام العامة بند ٢ ص ١.

(٣) ريبير، القاعدة الخُلقية في الإلتزامات المدنية، باريس ١٩٤٩م بند ٢ وما بعده.

(٤) عبدالرزاق السنهوري، الوسيط ج ١ بند ٥٠٥ ص ٧٤٣ ـ ٧٤٤.

(٥) نزيه المهدي، نظرية القانون ٧٨/١٩٧٩م ص ٩٦ ـ ٩٧؛ علي سيد حسن، نظرية القانون ١٩٨٩م ص ٦٨ وما بعدها.

(٦) عزالدين الدناصوري وعبدالحميد الشواربي، المسئولية المدنية في ضوء الفقه والقضاء ١٩٨٨م ص ٣٨٦.

(٧) حبيب الخليلي، مسئولية الممتنع المدنية والجنائية ط ١ ص ٧ وما بعدها.

(٨) مازو وتونك، المرجع السابق بند ١.

المسئولية المدنية فهي جزاء فعل أضر بشخص معين؛ لذا فإن الذى يطالب بالتعويض كجزاء للمسئولية المدنية هو الشخص المضرور وليس ممثل المجتمع الذى يطالب بعقوبة مؤلمة كجزاء المسئولية الجنائية، كما أن الأصل أنه لا صلح في مجال المسئولية الجنائية في الأنظمة والقوانين الوضعية، ولكن الصلح جائز بصدد المسئولية المدنية، وإذا ترتب على الفعل الواحد مسئولية مدنية ومسئولية جنائية فى نفس الوقت، فإن المسئولية الجنائية باعتبارها الأقوى والمجسدة لحق المجتمع تؤثر في المسئولية المدنية من نواح عديدة أهمها جواز رفع الدعوى المدنية أمام المحكمة التى تنظر الدعوى الجنائية، كما أنه إذا رفعت الدعوى المدنية ثم رفعت الدعوى الجنائية تعين وقف الدعوى المدنية حتى يصدر حكم في الدعوى الجنائية، كما تتقيد المحكمة المدنية بالحكم الصادر من المحكمة الجنائية بشأن الوقائع دون تكييف هذه الوقائع.

والمسئولية المدنية كجزاء فعل أضر بشخص معين، تنقسم إلى قسمين أساسيين: مسئولية عقدية[٩] ومسئولية تقصيرية[١٠]؛ فالمسئولية العقدية هي جزاء الإخلال بالتزام عقدي[١١]، والمسئولية التقصيرية هي جزاء الإخلال بالواجب العام الذي يلزم الأفراد بعدم الإضرار بالغير[١٢]، ويترتب على هذا أن المسئولية التقصيرية لها أحكام تختلف عن أحكام المسئولية العقدية من أوجه أهمها: أنه لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية التقصيرية، والتعويض في المسئولية التقصيرية يكون عن كل الضرر المباشر متوقعا كان ـ كما في المسئولية العقدية ـ أم غير متوقع، فضلا عن تضامن المسئولين في المسئولية التقصيرية.[١٣]

ولكن هذه الفوارق بين نوعي المسئوليةالمدنية، لا تعنى انعدام مشكلاتها وهذا ما ننتقل إلى إثارته الآن، لنستخلص من ثناياه المفهوم ممكن القبول، ولو مؤقتا، لتعريف المسئولية المدنية في مجال الأنظمة الوضعية، لنرى، بعد ذلك، كيف أن الفقه

(٩) عبدالودود يحيى، مصادر الإلتزام ١٩٨٩م بند ١١٧ ص ١٨١.

(١٠) حسن الخطيب، نطاق المسئولية المدنية التقصيرية والمسئولية التعاقدية، رسالة باريس، مترجمة للعربية، ص ٤٥.

(١١) (١٢) عبدالودود يحيى، المرجع السابق بند ١٤٠ ص ٢٢١.

(١٣) انظر المواد ٢١٧، ٢٢١، ٢٧٨ مدني مصري بشأن بعض أحكام المسئولية العقدية.

الإسلامي الغني بأصوله، يستوعب مثل هذا الاصطلاح الدارج في العالم الإسلامي، ويبقى إسباغ الإطار الشرعي عليه، حتى تنفك الصبغة الوضعية عنه، ويصبح أحد مجالات المعالجة الفقهية الإسلامية الزاهرة.

٢ ـ مشكلات المسئولية المدنية:[١٤]

لازال الخلاف، في مجال المسئولية المدنية، «يستعر أواره في أمهات مسائلها»[١٥] ولذا فإنها ستظل مهداً للاجتهاد، بالنسبة لمدى وحدة أو ازدواج المسئولية المدنية، وعلاقة السببية بين الخطأ والضرر، واتفاقات المسئولية. ونشير إلى كل مسألة من هذه المسائل الثلاث بكلمة موجزة حتى تتضح أبعاد هذه المسئولية، كما سنشير في ثنايا ذلك إلى بعض الأفكار الأخرى وثيقة الصلة بها.

١ ـ مشكلة ازدواج أو وحدة المسئولية المدنية

أولاً: عرض عام:

الصحيح أنه «لا توجد في القانون المدني مسئوليتان إحداهما عقدية والأخرى تقصيرية، وإنما يوجد نظامان أو نوعان لمسئولية مدنية واحدة»[١٦]، فكل منهما تقوم على أركان الخطأ والضرر وعلاقة السببية فيما بينهما، وإن كانتا تستقلان بعد ذلك بأحكام خاصة، تتجلى في وجود فروق تفصيلية هامة في التنظيم القانوني لكل منهما.

ورغم ذلك فلازال صحيحا إطلاق لفظ الخطأ العقدي كتعبير عن الإخلال بالتزام عقدي، ولفظ الخطأ التقصيري كتعبير عن إخلال بالتزام غير عقدي، ولم تفلح فكرة ضمهما معا ليكونا مجرد شيء واحد، أو على الأقل يرتبطان بجامع ظاهريٍّ واحد، هو أنهما معاً جزاء الإخلال بالتزام سابق[١٧]. وظلت المسئولية التقصيرية بمثابة مصدر

---

(١٤) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسئولية المدنية ج١ (القاهرة ١٩٧٨) ص ١ ـ ٥٧٨.

(١٥) المرجع السابق بند ١ ـ ص ١.

(١٦) المرجع السابق بند ٢١ ص ٩٨.

(١٧) بيير رينو، تقسيمات الالتزامات، دروس دكتوراه بالفرنسية بحقوق القاهرة ١٩٧٣ ص ٨ وما بعدها.

للإلتزام، والمسئوبية "عقدية كأثر له، أو بالأحرى مؤثر فيه، لما أنها إخلال به، وإن كانت كل منهما لا تقوم دون توافر ركن الخطأ، أيا كان مضمون هذا الخطأ بعد ذلك، وشريطة ألا يتم خلط بين مضمون الإلتزام من جهة، وبين فكرة جسامة الخطأ من جانب آخر، أو بين الالتزام الناشيء عن العقد من جهة، والأثر المترتب على الإخلال بهذا الالتزام من جهة ثانية.

انه لكى تكون هناك مسئولية عقدية، فيجب أن يكون هناك عقد بين المضرور وبين المسئول، مع ملاحظة أن هناك رأي يقول إن المجانية في عقود النقل لا تعني النفي المطلق لوجود العقد[١٨]، لكن إذا لم يوجد عقد، أساساً، بين المسئول والمضرور، فإنه لا يكون هناك موضع للمسئولية العقدية، ولا وجود للعقد إلا من لحظة إبرامه، أما الفترة السابقة عليه فهي خارجة عن نطاقه، كما أنه إذا اقترن بطلان العقد بخطأ صادر عن أحد المتعاقدين، فإن المسئولية في هذه الحالة تكون مسئولية تقصيرية لا عقدية، وتكون المسئولية تقصيرية كذلك، وليست عقدية، إذا قطع شخص المفاوضات فجأة ودون مسوغ مشروع، فإن ذلك مما يتنافي مع حسن النية في العلاقات التجارية[١٩]، وإن كان يلزم رغم ذلك إثبات توافر ركن الخطأ في جانب المسئول، ويمكن أن تكون الفجاءة وانعدام السبب المشروع لقطع المفاوضات بعد أن تكون المفاوضات قد استغرقت وقتا طويلاً، مما ييسر إثبات الخطأ، إن لم يكن هذا هو الخطأ بعينه[٢٠]، وهذا ما يعرف في فرنسا بالقطع التعسفي للمفاوضات، وإذا انقضى العقد فقد انقضت المسئولية العقدية[٢١]، ولكن المادة ٦٨٥/د مدني مصري تنص على أن يحتفظ العامل وبأسرار العمل الصناعية والتجارية حتى بعد انقضاء

---

(١٨) إسمان، تعليق على نقض فرنسي ١٥ يونيو ١٩٢٦، سيري ١٩٢٦-١-٢٤٩؛ ريكول، تعليق على استئناف جرينوبل ١٥ نوفمبر ٢١ نوفمبر ١٩٢١، دالوز ١٩٢٦-٢-١٢١.

(١٩) نقض فرنسي ٢٠ مارس ١٩٧٢، مجلة الأسبوع القانوني ١٩٧٢-٢-١٧٥٤٣.

(٢٠) محسن شفيق، قانون التجارة الدولية، دروس في اتفاقيات لاهاي لعام ١٩٦٤ في شأن بيع المنقولات المادية دوليًا، قسم الدكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٧٣ ص ٥٠ وما بعدها (غير مطبوعة).

(٢١) - مازووتك، المرجع السابق بند ١٢٢.

العقد، ولذا فإن العامل الذي يفشي هذا السر أو ذاك، بعد انقضاء العقد، يعتبر، بنص القانون، مسئولاً مسئولية عقدية لا تقصيرية.

ويجب أن يكون العقد بعد ذلك صحيحا، فالعقد الباطل لا يرتب التزامات، سواء كان بطلانه لمخالفة النظام العام أو الآداب[٢٢]، أو لأي سبب آخر.

كما يجب أن يكون العقد الصحيح قائما بين المسئول والمضرور، ويفيد من هذا العقد، الغيرُ الذى يتم الاشتراط فيه لمصلحته، فإذا أَخَلَّ المدين بالتزام تعهد به في اشتراط لمصلحة الغير، كانت مسئوليته أمام الغير مسئولية عقدية، وتسرى قواعد المسئولية العقدية بالنسبة للخلف العام ـ دون إخلال بقواعد الميراث ـ والخلف الخاص أيضا.

كما يجب لتوافر المسئولية العقدية أن ينجم الضرر عن الاخلال بهذا العقد الصحيح[٢٣].

ثانيا: تطبيقات:

فإذا لم ينفذ المدين التزاما عقديا، كان ذلك خطأ منه مرتبا مسئوليته العقدية، تماما كما هو الشأن في التزام الناقل إذا لم يحقق النتيجة التي التزم بها وهي توصيل الأشياء المراد نقلها سليمة إلى المرسل إليه[٢٤]؛ ذلك أن عدم تنفيذ الإلتزام التعاقدي، هو خطأ يرتب المسئولية[٢٥]، سواء كان الالتزام قد نص عليه صراحة، أو اقتضته طبيعته، كالتزام صاحب الفندق برد غائلة ما يتهدد سلامة النزيل من مخاطر[٢٦]، أو كان أمرا يفهم من طبائع الأمور، فمن يلتزم التزاما عقديا يكون مسئولا عن خطأ الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه العقدي، كحالة مقاول، يتسبب عماله بخطئهم في تهدم المبنى فهو مسئول مسئولية عقدية[٢٧] من حيث الأصل.

---

(٢٢) المرجع السابق بند ١٢٥. (٢٣) نقض فرنسي ٢٧ يناير ١٩١٣ سيري ١٩١٣ـ١ـ١٧٧ وتعليق ليون كان.

(٢٤) نقض مصري ١٦/٦/١٩٨٦ الطعن ٨٦٥ س ٥٠ ق.

(٢٥) نقض مصري ١٣/١/١٩٨٦ الطعن ١٩٤٣ س ٥٠ ق.

(٢٦) نقض مصري ٨/١٢/١٩٨٣ الطعن ٨٧٣ س ٤٩ ق.

(٢٧) نقض مصري ٢٣/١/١٩٨٠ س ٣١ ج ١ ص ٢٥٥.

ولكن إذا انتفى الخطأ العقدي فقد انتفت المسئولية العقدية[٢٨]، وينتفى الخطأ وترتفع المسئولية بإثبات أن الصورة التى تجسدها كعدم التنفيذ، ترجع «إلى قوة قاهرة أو سبب أجنبي أو خطأ المتعاقد الآخر[٢٩]، ويقع عبء إثبات الخطأ على من يدعي هذا الخطأ[٣٠]، فإذا أثبت والد التلميذ أن ابنه أصيب أثناء الرحلة فانعقدت مسئولية المدرسة العقدية، فإن المدرسة لا تستطيع نفي مسئوليتها إلا بإثبات أن ذلك قد نجم عن سبب أجنبي كقوة قاهرة أو خطأ التلميذ نفسه[٣١].

ويلاحظ أن القضاء المصري، على ما تقدم، يقع في تناقض غير مبرر، عندما ينفي الخطأ بالسبب الأجنبي مع أنه يقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، والأمر بعد ذلك يحتاج إلى وقفات ليس هذا مجالها الآن. إنما نشير إلى أنه حيث يوجد خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما، وذلك بمنأى عن العقد - على تفصيل - فإن المسئولية تكون تقصيرية لا عقدية.

٢ - مشكلة الخيرة والجمع بين «المسئوليتين» العقدية والتقصيرية:

أولاً : عرض عام:

القاعدة العامة التى تبلورت في هذا الصدد أيضاً، أنه لا يجوز الجمع[٣٢] بين المسئوليتين العقدية والتقصيرية من جهة، كما أنه لا يجوز الخيرة[٣٣] بينهما من جهة أخرى.

فالجمع بين المسئوليتين غير جائز؛ فعندما تتوافر شروطهما «كأن يخطىء الناقل

---

(٢٨) نقض مصري ١٩٧٨/٢/١٦ س ٢٩ ج ١ ص ٤٩٧.

(٢٩) نقض مصري ١٩٧٥/٦/٣ س ٢٦ ع ١ ١١٤١/١ بصدد عقد إداري.

(٣٠) نقض مصري ١٩٧٠/١١/٢٤ س ٢١ ع ٣ ص ١٤٨.

(٣١) نقض مصري ١٩٦٧/٢/٩ س ١٨ ع ١ ص ٣٣٤.

(٣٢) نقض مصري ١٩٦٤/١١/١٢ س ١٥ ع ٣ ص ١٠٢٢.

(٣٣) نقض مصري ١٩٣٩/١/٥ مجموعة عمر ٢ رقم ١٥٤ ص ٤٥٢.

فتتلف الأشياء المنقولة»[٣٤]، لا يحق للمضرور أن يرفع دعوى المسئولية العقدية حتى إذا ما حصل على تعويض أو خسر الدعوى قام برفع دعوى المسئولية التقصيرية[٣٥] ليحصل على تعويض[٣٦] آخر، أو ليتدارك خسرانه الدعوى الأولى[٣٧]، كما أنه لا يحق للمضرور أن يجمع في الدعوى الواحدة بين شروط من دعوى المسئولية العقدية وشروط من دعوى المسئولية التقصيرية[٣٨]، فهذا تلفيق لا يقره القانون.

والخيرة بين المسئوليتين غير جائزة، ولم يسلم أغلب الفقه بهذه المسألة إلا قريبا، فهناك رأي يقول إنه إذا توافرت للدائن شروط رفع كل من دعوى المسئولية العقدية ودعوى المسئولية التقصيرية، فان له أن يختار بينهما وأن يرفع الدعوى التى تحقق مصلحته[٣٩]، أما أغلب الباحثين[٤٠]، فيرون أنه في هذه الحالة، لا يجوز للدائن أن يرجع على مدينه إلا بدعوى المسئولية العقدية؛ فطالما كان هناك عقد صحيح بين المضرور والمسئول، فإن علاقة الطرفين لم تنبثق إلا عن طريق هذا العقد، فإذا أخل المدين بالتزامه، لم يكن أمام الدائن من خيار في الرجوع عليه بغير دعوى المسئولية العقدية وحدها، وأيا كان التبرير القانوني لذلك، فإن الحقيقة التى لا مراء فيها، أن الدائن إذا أراد ترك المسئولية العقدية لم يعد المدين «ملتزما في مواجهته بشيء، ولم يعد ـ بالتالي ـ مخلاً بأي التزام، أو مرتكبا لأي خطأ، فيمتنع عليه الرجوع عليه أصلاً»[٤١]،

---

(٣٤) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق بند ٥١٥ ص ٧٦١ «فنحن نأخذ بالرأي الذي يقول بألا خيرة للدائن».

(٣٥) عبدالودود يحيى، المرجع السابق بند ١٤٢ ص ٢٢٦.

(٣٦) عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق بند ٥١٥ ص ٧٥٨.

(٣٧) محكمة استئناف الاسكندرية الوطنية في ١٩٥٠/٢/٥، المحاماة ٣٠ رقم ٢٧٦ ص ٥٠١ في إثبات عناصر دعوى بعد الإخفاق في أخرى.

(٣٨) عبدالودود يحيى، المرجع والموضع السابقان.

(٣٩) محمد شتا أبوسعد، تاريخ المسئولية التقصيرية في السودان، مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤ ص ٨٠.

(٤٠) مصطفى مرعي، المسئولية المدنية ط ١ بند ٢٨.

(٤١) سليمان مرقس، مذكرات في الفعل الضار ص ١٧؛ عبدالودود يحيى، المرجع الموضع السابقان، عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع والموضع السابقان؛ سمير تناغو، مصادر الالتزام ط ١ ص ٢٢١، حسن عامر، المسئولية المدنية ط ١ ص ١٠٩.

وبالتالي لا يمكنه الرجوع عليه: لا بدعوى المسئولية العقدية إن تركها وأضاع حقه فيها، ولا بدعوى المسئولية التقصيرية لعدم توافر موجبها، لكن الباب يبقى مفتوحاً فحسب أمام المسئولية العقدية ما بقيت شروط رفع دعواها.

ثانياً: تحليل وتطبيق:

كان القضاء المصري ينزع إلى فكرة جواز الخيرة،[٤٢] ثم صدرت أحكام حديثة عن محكمة النقض، عادت وأنكرت هذا المسلك، وقالت إنه إذا ترتب الضرر على إخلال بعقد تعين الأخذ بأحكام العقد دون غيرها، ولا يجوز الأخذ بقواعد المسئولية التقصيرية في هذه الحالة، واستثنت المحكمة حالة ما إذا كان الإخلال بالإلتزام العقدي يشكل جريمة جنائية، أو ينطوي على غش أو خطأ جسيم، فتترتب المسئولية التقصيرية، في هذه الحالة، استناداً إلى أن المدين قد أخل بالتزام قانوني يوجب عليه الامتناع عن هذا الفعل، سواء كان يستجمع صفة العاقد أم لا، وقد نقضت المحكمة، تبعا لذلك حكما كان قد ألزم بالتعويض مؤجر عقار كان قد انهار فأصاب مستأجريه ومات بعضهم، وتم التعويض طبقا للمادة ١٧٧/١ في نطاق المسئولية التقصيرية[٤٣]، بيد أن المحكمة قالت في حكم آخر إن الغش الذي يأتيه المدين - وهو أمين نقل - أثناء تنفيذ العقد، يجعل مسئوليته تقصيرية لا عقدية، وتخضع، تبعا لذلك، للتقادم الثلاثي، وليس بمضي خمسة عشر عاما[٤٤]، وقد انتقد الفقه هذا المسلك لأن الإخلال بالالتزام العقدي مهما بلغت جسامته لا يرتب سوى مسئولية عقدية، وفي إطار ذلك عادت محكمة النقض[٤٥] لتقرر أن المنظم خصَّ كلا من المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية بأحكام تستقل عن الأخرى. فإذا قامت علاقة تعاقدية، وكان الضرر الذي أصاب أحد المتعاقدين قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بتنفيذ العقد، تعين الأخذ بأحكام العقد، ولا يجوز الأخذ بأحكام المسئولية

---

(٤٢) سمير تناغو، المرجع السابق ص ٢٢١.

(٤٣) استئناف الاسكندرية الوطنية ١٩٥٠/٢/٥، السابق.

(٤٤) عزالدين الدناصوري، المرجع السابق ص ٢٢، ٢٣؛ ونقض ١٩٦٨/٤/١٦ س ١٧ ص ٧٦٢.

(٤٥) نقض ١٩٦٥/١١/٣٠ مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١٦٠.

التقصيرية، التى لا يرتبط المضرور فيها بعلاقة عقدية سابقة، لأنه يترتب على غير ذلك إهدار نصوص العقد المتعلقة بالمسئولية عند عدم تنفيذه، بما يخل بالقوة الملزمة له، ثم تصدى الحكم للاستثناء المشار إليه آنفا.[٤٦]

والواقع ان الأمر يرتبط بمفهوم المسئولية التقصيرية ذاته، كفرع على مفهوم المسئولية المدنية، فالمسئولية التقصيرية عند كل أنصار الخيرة، ليست إخلالا بواجب قانوني عام وكفى، وإنما هي «جزاء الالتزامات القانونية كافة، من ناحية، وتكمل الجزاءات التى تفرضها النصوص الخاصة، تعويضا للضرر الذى لا تكفي هذه الجزاءات لجبره، من ناحية أخرى، وتعدل كثيرا من الأوضاع القانونية»[٤٧] سواء بإناطة التمسك بقواعد القانون، بعدم ارتكاب أي خطأ تقصيري، أو بالتدخل بين المتعاقدين لتعديل أو حذف الآثار العادية للعلاقة القانونية. فمن يتعاقد يلتزم، حقيقةً، بتنفيذ العقد، ولكنه لا يجوز له الإضرار بالآخرين، ومن الآخرين من تعاقد معه، ولازم ذلك، عند هؤلاء، هو عدم جواز تضييق نطاق المسئولية التقصيرية عن طريق إضافة شروط إليها دون مبرر منطقي أو نص قانوني، وعليه فإن قيام العقد لا يوجد، عندهم، أي تعارض مع وجود المسئولية التقصيرية، ولكن هؤلاء، لم يمضوا في الشوط حتى النهاية، بل قالوا إن العقد إذا رتب التزامات عقدية بحتة، فإن الإخلال بها يقيم المسئولية العقدية وحدها ولا تقوم بجانبه مسئولية تقصيرية، ولكن تحديد الالتزامات العقدية البحتة، ووجود أنماط منها، تهم الجماعة بأسرها، بحيث يترتب على مخالفتها مسئولية تقصيرية، يوقع ثانيةً في لبس شديد[٤٨]، وهذا ما يستلزم وضع تعريف محدد للمسئولية المدنية بشقيها، يعكس الاختلاف القائم في نظامها القانوني، حتى إذا ما أراد الباحثون في فقه الشريعة الغراء جلاء مشكلاتها، بحثوها بمنأي عن كل تصورات تنأي بها عن هدي الإسلام، وأخص خصائص شرع الله،

(٤٦) نقض ١٩٨١/١/٢٧ س ٣٢ ق ج ١ ص ٣٥٥ ونقض ١٩٦٨/٤/١٦ س ١٩ ق ع ٢ ص ٧٦٢، المشار إليه.

(٤٧) محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق بند ٧٠ ص ٤٩٨.

(٤٨) رينيه روديير، موسوعة دالوز تحت عنوان مسئولية، أرقام ١١٠-١١٦؛ جاك غستان، مطول القانون المدني: الالتزامات والمسئولية، المكتبة العامة للقانون والقضاء بباريس ١٩٨٢ بمعاونة جنفيف فيني، أرقام ٧٣١ - ٧٣٩ ص ٨٢١ وما بعدها فيما يتعلق بالجمع والخيرة بين المسئولية بالنسبة لمالك السفينة.

أنه لا يذهب حقٌ هدرًا فيه، فالدماء حرام، والأموال حرام، ولا يجوز لأي فكرة وضعية يراد لها الاتشاح بوشاح الشرعية، أن تنال هذا الشرف، إلا إذا تخلصت من كل ما علق بها من مفاهيم حقيقية أو محتملة، إن كانت هذه المفاهيم لا تتفق وشرع الله، ذلك أن أحدا لا يقبل أن يستبدل الذى هو أدنى بالذى هو خير.

٣ ـ المشكلات التى تثيرها فكرة علاقة السببية بين الخطأ والضرر:

أولاً: عرض عام:

علاقة السببية بين الخطأ والضرر هي من المسائل التى تثير مشكلات بالغة الأهمية، على الصعيدين العلمي والعملي، رغم غزارة البحوث التى تناولتها[٤٩]؛ ذلك أنه إذا كان الخطأ والضرر لا يكفيان لقيام المسئولية المدنية، بل يلزم أن يكون الخطأ هو سبب الضرر[٥٠]، فإنه يحدث لبس شديد عند الحديث عن قواعد نفي المسئولية المدنية عندما تكون مسئولية خطئية، ولا شك أن نفي الخطأ، يجب أن ينصرف فيه دفاع المدين، إلى إثبات أنه كان في حالة من حالات انعدام الخطأ وهي حالة الدفاع الشرعي[٥١]، وحالة صدور أمر من رئيس فنفذه الموظف معتقداً مشروعيته ومتخذا جانب الحيطة فيه[٥٢]، وحالة الضرورة[٥٣]؛ فوجود المدعى عليه في إحدى هذه

---

(٤٩) أجيلا، رابطة السببية في «مجال» المسئولية في القانون الفرنسي والشيلي، رسالة تولور ١٩٦٧ ص ١٨/؛ مارتو، السببية في المسئولية المدنية، رسالة جامعة إيكس دي بروفانس ١٩١٤ ص ٣٨؛ فاقييه: علاقة السبب بالأثر أو النتيجة في المسئولية شبه التقصيرية، رسالة باريس ١٩٥١م؛ جيوفانو فيتش، السببية الفعالة وتطبيقاتها في مجال القانون الجنائي، رسالة باريس-١٩٠٨ ص ٣٠؛ مأمون شديد (عبدالرشيد)، علاقة السببية في المسئولية المدنية، دار النهضة العربية (مستخرج من مقال بمجلة القانون والاقتصاد) ص ٠ب٤؛ محمد شتا أبوسعد، مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة س ٧٤ ع ٣٩٣ ـ ٣٩٤ اكتوبر ١٩٨٣ ص ١٧٥ ـ ١٩٥. وخطأ المضرور نفس المجلة اكتوبر ١٩٨٤ (س ٧٥) ص ٣٢٠ وما بعدها.

(٥٠) عبدالودود يحيى، المرجع السابق بند ١٥٩ ص ٢٥٦.

(٥١) ويشترط عدم تجاوز الحدود ويكفي وقوع فعل يخشي منه حدوث الاعتداء، نقض ج ١٩٤٢/١٢/٢٨، المحاماة ٤٢ رقم ٩٨ ص ٣٢١؛ مازووتنك، المرجع السابق بند ٤٨٩.

(٥٢) مازووتونك، المرجع السابق بند ٤٩٧؛ عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق بند ٥٣٣ ص ٧٩٠.

(٥٣) ريبير، القاعدة الخلقية، المرجع السابق بند ٤٦.

الحالات يحول دون مسئوليته حيث لا يعتبر فعله خاطئا، وتتفرع على ذلك قواعد فرعية في المجال التطبيقي، ولا شك كذلك أن بِنَفْيِ الضرر تنتفي المسئولية المدنية.

وما يتم اللجوء إليه في أغلب الأحوال لنفي المسئولية المدنية، مع تنكب سبيل التعبير السّوي قانوناً في بعض الأحكام، هو إثبات انعدام السببية من خلال إثبات قيام السبب الأجنبي سواء كان حادثا مفاجئا أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، أو إثبات أن الخطأ لم يكن هو السبب المباشر أو المنتج.

ففيما يتعلق بنفي المسئولية المدنية من خلال إثبات قيام السبب الأجنبي في صورة حادث مفاجيء أو قوة قاهرة، فإنه لكي يعتبر الحادث قوة قاهرة أو حادثا مفاجئا، فيجب أن يكون غير ممكن التوقع[٥٤] ومستحيل الدفع[٥٥] استحالة مطلقة[٥٦] لا نسبية، وأن يجعل هذا الحادث تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة ـ مادية أو معنوية ـ مطلقة[٥٧]، بحيث لا يستطيع أيّ شخص في مركز المدين أن ينفذ التزامه مع وجودها.

فإذا كانت القوة القاهرة، هي وحدها، التى أفضت إلى حدوث الضرر، فإن رابطة السببية تنتفي كلية، سواء تعلق الأمر بمسئولية عقدية أم بمسئولية تقصيرية، ويترتب على ذلك إعفاء المدين أو المدعى عليه من المسئولية المدنية بإطلاق. ولكن ذلك لا يعني أن مفعول القوة القاهرة في المسئولية ذو نمط واحد محدد، لأنه حتى في إطار المسئولية العقدية، فإن أثر القوة القاهرة قد يكون مؤقتاً، فيقف تنفيذ الالتزام العقدي حتى يزول أثر القوة القاهرة، فيلزم أداء كل الأداءات في العقود الفورية،

---

(٥٤) يرى تونك إحلال فكرة الاحتمال محل فكرة التوقع، مقاله: القوة القاهرة وانعدام الخطأ في المواد التعاقدية، المجلة الفصلية للقانون المدني الفرنسي ١٩٤٥ رقم ١٣؛ سليمان مرقس، في نظرية دفع المسئولية المدنية، رسالة القاهرة، النسخة العربية ص ١٨٩ بشأن مفهوم القوة القاهرة، وبشأن القول بعدم إمكان التفرقة بين عدم إمكان التوقع وعدم استطاعة الدفع؛ بنكاز في تكملة بودري ج ٣ رقم ٢٧٥، ولكن انظر أجيلا في الرسالة السابقة ص ٤٧٤.

(٥٥) ديموج، مطول الالتزامات ج ٦ رقم ٦٠٥ (باريس ١٩٣١).

(٥٦) عبدالرشيد مأمون شديد، البحث السابق ص ١٢٠.

(٥٧) عبدالودود يحيى، المرجع السابق، نفس الموضع.

أما في العقود الزمنية فلا يمكن التعويض عن فترة وقف التنفيذ المشار إليها، لأن الزمن ملحوظ في هذه العقود، والزمن ذو اتجاه واحد وما مضى منه لا يعود.[٥٨]

أما إذا كان هناك سبب آخر، خلاف القوة القاهرة ساهم في حدوث الضرر؛ فإذا كان ذلك السبب متمثلاً في خطأ مؤثر، كخطأ متعهد النقل في الإقلاع بالمركب في الموعد وتحميلها بضائع تفوق طاقتها فهبت عاصفة فأغرقتها فإنه هو المسئول وحده[٥٩]. أما إن كان خطؤه غير مؤثر على الإطلاق، فإنه لا يعتد به، وفكرة الجوائح من الأفكار الثابتة في فقه الشريعة الغراء، وفي مخطوطة أكرية النوتية بمكتبة الاسكوريال ما يبين سبق فقه الشريعة الغراء بصدد المسئولية بوجه عام ومسئولية صاحب السفينة والملاحين بوجه خاص.

وفيما يتعلق بنفي هذه المسئولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ المضرور[٦٠]، كأن يقرأ شخص صحيفة وهو يقطع الطريق العام فتصدمه سيارة كان سائقها يقودها بسرعة فائقة خلافا لقواعد المرور أو السَّير، فإن خطأ المضرور له دخل في حدوث الضرر. ويلزم في هذه الحالة التفرقة بين فروض. أولها: أن يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، ويحدث هذا إذا كان أحد الخطأين يفُوق الآخر في جسامته أو أن يكون أحد الخطأين نتيجة للآخر؛ فإن كان أحد الخطأين يفوق الآخر في جسامته، فإن ذلك يحدث في حالة ما إذا كان أحد الخطأين متعمدا، فمن يتعمد

---

(٥٨) عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام ١٩٦٠ ص ٥٠٣.

(٥٩) استئناف مختلط، ١٨٩٧/١٢/٣٠. م ١٠ ص ٦٣.

(٦٠) عبدالودود يحيى، المرجع السابق، نفس الموضع، وفي أثر فعل المضرور غير الخاطيء انظر: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق بند ٥٩٢ ص ٨٨١؛ مازووتنك، السابق بند ١٤٦٤ ط ٣، ٦ـ؛ أنور سلطان ـ مصادر الالتزام ط ٢ (١٩٥٨) بند ٤٦٠؛ وفي القول باشتباه فعل المضرور غيْر الخاطيء بالقوة القاهرة، انظر محمود جمال الدين زكي، الوجيز، مصادرالالتزام ط٢ بند ١٩٠ ص ٣٦٥؛ سليمان مرقس، رسالته السابقة ص ٢٩٢/٢٩٣؛ وفي أثر هذا التكييف أنظر محمد لبيب شنب، المسئولية عن الأشياء، رسالة ١٩٥٧ هامش ١ ص ٢٤٠؛ وفي اعتبار فعل الغير معفيا من المسئولية كليا أو جزئيا بقدر التسبب في إحداث الضرر، انظر إبراهيم الدسوقي، الإعفاء من المسئولية عن حوادث السيارات، ط ١ بند ١٧٣ ص ٢٤١، وفي الفعل الخاطيء وأثره، أنظر جميل الشرقاوي، المصادر غير الارادية، دار النهضة ط١ ص ٢١.

الخطأ من الطرفين: المسئول أو المضرور، فإنه يتحمل المسئولية وحده؛ فإذا كان السائق تعمد قتل من يقرأ الصحيفة، سئل. وإذا كان قارىء الصحيفة المذكور هو الذي تعمد الخطأ انعدمت رابطة السببية، ومثاله أن يلقي ذلك القارىء بنفسه أمام السيارة قاصدا التخلص من حياته. كما قد يحدث ذلك في حالة رضاء المضرور، ولكن رضاء المضرور لا يعني رضاه بإلحاق الأذى بنفسه، لذا فإن رضى المضرور، في غير الحالات التى تضبطها قواعد خاصة، تقطع رابطة السببية، ومن ثم تنتفي المسئولية المدنية. أما إذا أسهم رضاء المضرور في إيقاع الضرر، فإن الخطأ يكون مساهما بين المضرور والمسئول وهذا يخفف من مسئولية المسئول. ومثاله من يقبل ركوب سيارة بادية الخلل أو يظهر على سائقها أنه لا يجيد القيادة. أما إن كان خطأ المضرور جسيما، إلى حد استغراقه خطأ المسئول فإن رابطة السببية تنتفي ولا تقوم، تبعا لذلك، مسئولية مدنية، كصاحب سفينة ينقل عليها جواهر مخدرة، فتضبط وتصادر، فهو لا يملك الرجوع على صاحب السلع المهربة أو المواد المخدرة المنقولة فيها، رغم مسئوليته جنائياً.

أما إذا كان أحد الخطأين نتيجة للآخر، فإن الخطأ الذى وقع أولا يستغرق الخطأ الثاني، فإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول، انعدمت رابطة السببية، وانتفت، بالتالي، موجبات إعمال المسئولية المدنية، كان يداعب المضرور صديقه الذى يقود السيارة فيترك عجلة القيادة، وتنحرف السيارة وتصطدّم بجسم صلب، فيقضي المضرور نحبه، فإذا قام الدليل على ذلك، فلا مسئولية على قائد السيارة. وإذا استغرق خطأ المضرور خطأ المسئول نتيجة خطأ المسئول، فإن المسئول هو الذى يتحمل المسئولية فيعتد بخطئه هو دون خطأ المضرور.

ويلاحظ أنه إذا أخطأ كل من المسئول والمضرور دون أن يستغرق خطأ أحدهما خطأ الآخر، فإن كلًا منهما يتحمل نصف الضرر، فإذا كان أحد الخطأين أكبر، وزع القاضي التعويض على هذا الأساس، إعمالا للمادة ٢١٦ مدني مصري وماشابهها من الأنظمة الوضعية.

ويلاحظ أن الخطأ المُسَاهَم (المشترك)، يسري على «المسئولية العقدية والمسئولية التقصيرية على حد سواء»[٦١] وتقضي المادة ٣٥٤ من القانون المدني الألماني بأنه «إذا كان لخطأ المضرور نصيب في إحداث الضرر عند وقوعه، توقف قيام الالتزام بالتعويض ومدي التعويض الواجب أداؤه على الظروف، وبوجه خاص على مبلغ رجحان نصيب أي من الطرفين في إحداث الضرر» ولنا أن نؤكد أن كثيرا من جزئيات المسئولية في الأنظمة اللاتينية مثل النظام الفرنسي وما أخذ عنه (كالمصري والسوري . . .) والانجلوسكونية مثل الإنجليزي وما أخذ عنه كالقانون السوداني الملغي، والجرمانية كالنص الألماني المشار إليه، تم الإفادة فيها من تراجم كتاب الأحكام الفقهية لابن جزيٌ، ومجمع الضمانات للبغدادي، واختيارات شيخ الإسلام ابن تيمية.

وفيما يتعلق بنفي المسئولية بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في خطأ الغَيْر،[٦٢] فإنه إذا استغرق خطأ المسئول خطأ الغير فلا عبرة بخطأ الغير، ولكن إذا استغرق خطأ الغير خطأ المسئول تحمل الغير وحده المسئولية، ويستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر إذا كان متعمدا أو كان قد ترتب عليه ارتكاب الخطأ الآخر، أما إذا لم يستغرق أحد الخطأين الخطأ الآخر، اعتبر كل من الخطأين سبباً في إحداث الضرر، وعندئذ يتم إعمال مثل حكم المادة ١٦٩ مدني مصري، عند تعدد المسئولين في مواجهة المضرور، وتكون المسئولية بالتساوي، ما لم يحدد القاضي نصيب كل منهم في التعويض. وتوزع المسئولية بنفس الطريقة إذا ساهم في إحداث الضرر خطأ المسئول وخطأ الغَيْر وخطأ المضرور.

وقد استقر القضاء الفرنسي على أنه لا ضرورة لتعيين شخص الغير لإعفاء المدين أوالمدعي عليه من المسئولية، طالما ثبت أن شخصا آخر سواه هو الذى سبب الضرر[٦٣].

---

(٦١) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢ ص ٥٤٩-٥٥٠.

(٦٢) عبدالودود يحيى، المرجع والموضع السابقان؛ عبدالرشيد شديد، المرجع السابق من بند ١٠٨ ص ١١٢ حتى بند ١٢٠ ص ١٢٣.

(٦٣) ايكس ٩ مارس ١٩٤٩، دالوز ١٩٥٠ - ٣٣٧.

وفيما يتعلق بإثبات انعدام السببية لكون السبب غير منتج أو غير مباشر:

فإنه من حيث تعدد الأسباب التى تشترك في إحداث الضرر: فإن هذه الأسباب قد تتعدد ويستغرق أحدها الأسباب الأخرى، فصاحب هذا الخطأ يسأل وحده، أما إذا لم يستغرق أحد الأسباب المتعددة الأسباب الأخرى، بل تفاوت دورها في إحداث الضرر، فإن النظرية المرجوحة وهي نظرية تكافؤ الأسباب تعتد بكل سبب له دخل ولو محدود في إحداث الضرر، ولكن النظرية السائدة هي نظرية السبب المنتج، أو السبب الفعال، أو السبب المباشر، لا تعتد إلا بالسبب المنتج دون السبب العارض.

ومن حيث تعاقب الأضرار مع وحدة السبب المؤدي إلى الضرر الذى تفاقم فأحدث أضرارًا مباشرة، وأضراراً غير مباشرة فالقاعدة أنه لا تعويض إلا عن الضرر المباشر، وهو ما كان نتيجة طبيعية للخطأ، ويكون الضرر المباشر نتيجة طبيعية للخطأ، وفقا للمادة ٢٢١ مدني مصري «إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول». [٦٤]

ثانياً: وقفة مع الحلول التطبيقية:

ثبت الآن أن هناك فوارق بين نفي الخطأ ونفي رابطة السببية، ولكن الأحكام، تجوزاً، تتكلم عن نفي رابطة السببية متصورة أنها بذلك تنفي الخطأ، من ذلك قول محكمة النقض المصرية حديثاً، إن وقوع عجز بعهدة أمين المخزن، قرينة على ثبوت الخطأ في جانبه وبالتالي مسئوليته عن قيمة العجز، ودرء هذه المسئولية شرطة إثبات القوة القاهرة أو قيام ظروف خارجة عن إرادته لا يمكنه التحوط لها[٦٥]. فإذا كانت القوة القاهرة تنفي رابطة السببية وتعدم المسئولية، فما هي هذه الظروف الخارجية وما طبيعتها وتأثيرها؟ حبذا لو كان قد تم الاكتفاء بالقوة القاهرة والإشارة إلى أنها تقطع رابطة السببية، بعد ذكر توافر عنصري الخطأ والضرر. ومع ذلك فمن الممكن تصور

(٦٤) في نقد هذا المعيار، جمال زكي، المرجع السابق ص ٥٠٤، وانظر ثروت أنيس الأسيوطي، مسئولية الناقل الجوي، رسالة القاهرة ١٩٦٠ ص ٤٠٤ هامش ٢، وفي الدفاع عن المعيار السنهوري، السابق بند ٦١٠ ص ٩١١.

(٦٥) نقض ١٩٨٥/٥/١٦ ـ الطعن ٤٤٦ س ٥١ قضائية.

أن المسألة مجرد مسايرة لعبارات الأحكام دون تنقيتها مما لا ضرورة له، كقول محكمة النقض المصرية إنه إذا كان الحكم المطعون فيه قد نفى مسئولية المطعون ضدها الثانية بسبب عدم توافر أي خطأ قبل قائد السيارة، وانتهى إلى ثبوت وقوع الحادث بسبب أجنبي هو انفجار لغم بالسيارة، فإن النعي على الحكم بما نعى عليه به يكون على غير أساس[٦٦]، ولكن المحكمة في أحكام أخرى جرت على نفي المسئولية على أساس ثبوت سبب أجنبي ينفي علاقة السببية بين الفعل والضرر[٦٧]. كما قضت بأن خطأ المضرور قاطع لرابطة السببية متى استغرق خطأ الجاني وكان كافيا لاحداث الضرر.[٦٨] وهو رجوع إلى الصواب.

وعلى ذلك فإن نفي الخطأ شيء، وقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر شيء آخر، ولكن أيًا من الأمرين ينفي المسئولية المدنية كليةً، وتوجد آلاف الأحكام القضائية في هذا الصدد، ولكن الذى يهمنا ليس سرد الأحكام وإنما الإشارة إلى فكرتها المحورية، لا سيما وأن بعضها يقر مباديء تتنافى مع أصول الشريعة الإسلامية كإباحة، الفوائد الربوية أو إباحة التعويض عن حالات لا تستوجب التعويض، أساسا، في ضوء المفاهيم الإسلامية الكبرى التى تنفي مطلق الضرر وتحول دون كل أموال الناس بالباطل على ما سيلي بيانه.

المسئولية المدنية: إذن هي إخلال بالتزام ناجم عن عقد أو إرادة منفردة أو فعل ضار، وفي الفرضين الأولين تعرف هذه المسئولية بالمسئولية العقدية، بينما يُسبَغ عليها وصف المسئولية التقصيرية إذا نجمت عن الفعل الضار، وتعتبر المسئولية مدنية أيضا إذا كانت إخلالا بالتزام نظامي لا يخالف شرع الله أو إخلالاً بالنظام العام أو الآداب الإسلامية.

---

(٦٦) نقض /٢٧/٣/١٩٨٠ س ٣١ ج ١ ص ٩٣٠.

(٦٧) نقض ٩/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ع١ ص ٤٣٧ (مسئولية حارس مفترضة) ونقض ١٥/٢/١٩٧٧ س ٢٨ ج ١ ص ١٨١٥ (انخفاض منسوب المياه في النهر) ونقض ١٩/١٢/١٩٦٨ س ١٩ ع ٣ ص ١٥٥١.

(٦٨) نقض ٢٦/٢/١٩٨٥ الطعن ٢٣١١ س ٥١ قضائية.

ويلاحظ بشأن هذه المسئولية ما يلي:

١ ـ انها تكـاد تكـون واحدة في مفاهيمها في الأنظمة الوضعية الموجودة في العالم، بصرف النظر عن كون النظام الانجلوسكسوني يعالج الأمور بمناسبة كل حالة على حده؛ فهنـاك الإهمـال، والتعدي وشبه التعدي، ولا توجد نظرية عامة للخطأ، ولكن الحلول في السوابق القضائية تنحو نحو وضع أطر نظرية عامة للمسئولية المدنية عقدية وتقصيرية.

٢ ـ إن اصطلاح المسئولية المدنية إذا تم إعماله في فقه الشريعة الغراء على نطاق يلبي حاجة العمل، سيفضي لا محالة إلى نشوء مبادىء إسلامية جديدة، يمكن أن تكون أساسا للتأثير في الأنظمة الأخرى، ومن ثم سبيلا من سبل الدعوة الإسلامية، ربانية المصدر، سامية الأهداف، بعيدة النظر.

المبحث الثاني
تحديد معنى المسئولية المدنية كمرادف لضمان الأموال في الفقه الاسلامي

١ - تمهيـــــد:

موضوع الضمان، هو واحد من أهم الموضوعات التى عالجها فقهاء الشريعة الغراء، فقد أفاضوا في معالجة جزئياته، حتى تكونت منه نظريات عامة من نظريات الفقه الإسلامي، من ذلك مثلا، ضمان العقد، والضمان الناجم عن الاعتداء، وضمان المتلفات، والضمان في حالة الغصب، والضمان الناجم عن التفويت والتعييب والتغيير، وضمان اليد، وضمان الشرط، والضمان الناجم عن الحيلولة بين المال وصاحبه، وتضمين الغار ما تلف بسبب غروره وغير ذلك.[٦٩]

والمصدر الأساسي للضمان في الأحوال المتقدمة يكمن في أمرين:

أولهما : الضمان بناء على عقد ويدخل في ذلك الضمان بناءً على إلزام الشخص نفسه بإرادته وحده.

وثانيهما: الضمان بناء على ترتب الضرر ذاته، سواء قام الضرر غير مستند إلى خطأ أو قام بسبب خطأ. فحيث يوجد إخلال بالعقد أو التعهد يوجد الضمان، وحيث يوجد الضرر يوجد الضمان.

---

(٦٩) الشيخ على الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ١٩٧١ ص ٩ وما بعدها.

وقد يلزم الشارع الحكيم بالضمان، جبراً للضرر، وعندئذ يكون أساس الضمان هو إلزام الشارع، وحتى تبقى نظرية الضمان في إطارها الفقهي كنظرية للتعويض، فإنه لا يجوز التوسع فيها باقحام بعض الأمور التى ألزم بها الشارع الحكيم كجزاء، مثل ضمان الديات، ما لم يتعلق الأمر بتعويض، وضمان قيمة صيد الحرم عند الاعتداء عليه، وضمان ما يجب من كفارات الأيمان والظهار والإفطار عمدا في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة، وكذلك النفقات[٧٠] على خلاف ما ذهب إليه بعض المحدثين من الباحثين[٧١]، ومثل ذلك يقال بالنسبة لضمان النفس والكفالة، فتلك أمور لا تنطوي على فكرة جبر الضرر التى تهدف إليها المسئولية التقصيرية أو المسئولية العقدية.

وأدلة الضمان في الشريعة الغراء متعددة، فالقرآن الكريم والسنة المطهرة يقرران حرمة الأموال ويحرمان الاعتداء عليها، ويلزمان برد الأموال المقبوضة.

قال تعالى في بيان حرمة الأموال:

﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: من الآية ٢٩] وقال سبحانه:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ﴾ [النساء: من الآية: ٢].

وقال جل شأنه في مجال النهي أيضا:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا ﴾. [النساء: من الآية: ٦].

---

(٧٠) انظر في هذه المسائل على التوالي: حاشية الجمل على شرح المنبج للشيخ سليمان الجمل على الشرح المذكور للشيخ زكريا الأنصاري، مطبعة مصطفى محمد، بدون تاريخ ج ذ ص ٥٨؛ الأم لمحمد بن إدريس الشافعي رحمه الله، دار المعرفة، بيروت، ج ٧ ص ١٥٠؛ المقنع لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة المقدسي ط٣ (١٣٩٣هـ) ج٢ ص ١١٢؛ المبسوط لشمس الدين السرخسي، مطبعة السعادة ١٣٢٤هـ ج٩ (ط ١) ص ٥ وما بعدها؛ البناية في شرح الهداية لأبي محمد محمود بن أحمد العيني، دار الفكر ط ١ (١٤٠٠هـ) ج٣؛ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع لعلاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، مطبعة الإمام ج٢ ص ٨٠٩؛ المغني، لأبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة (على مختصر الخرقي) ج ٢ مكتبة الرياض الحديثة ص ٥٩٠.

(٧١) الشيخ على الخفيف، المرجع والموضع السابقان.

وقال عز من قائل: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ ﴾. [الأنفال من الآية ٢٧]. وقال سبحانه: ﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾. [البقرة من الآية: ٢٧٩]. كل هذا فضلاً عن الآيات التى تحرم السرقة والغش والخداع والربا وكل تملك غير مشروع، والظلم والتواطوء على ضياع الحقوق ونقض العهد.

وفي الإلزام برد الأموال المقبوضة وأداء الأمانات والوفاء بالعهد، يقول الله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ﴾. [النساء: من الآية: ٥٨]. وقال سبحانه: ﴿فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾. [البقرة: من الآية: ٢٨٣] وقال جل شأنه: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ [المائدة: من الآية: ١]. وفي وجوب الوفاء بالالتزام العقدي في الإجارة. قال تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾. [الطلاق: من الآية: ٦] وقال سبحانه: ﴿ قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴾ [الكهف: من الآية: ٧٧] وقال جل شأنه ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: من الآية: ٧٢] أي كفيل.

وأما السنة المطهرة فقد جاءت بأمور كلية وقواعد تفصيلية أيضا:

فعن الضرر كأساس للضمان ونفي مطلق الضرر والضرار. قال صلى الله عليه وسلم: «لا ضرر ولا ضرار» وهذا حديث حسن، رواه ابن ماجة والدارقطني وغيرهما، كما رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلاً عن عمرو بن يحيي عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم، فأسقط أباسعيد، وله طرق يقوي بعضها بعضا. وهذا الحديث يصلح أساسا لنظرية المسئولية المدنية برمتها، عقدية كانت أم تقصيرية.

وفي مطلق الضمان قال صلى الله عليه وسلم «الزعيم غارم» أي ضامن، وهو حديث صحيح، رواه الإمام أحمد رحمه الله، في مسنده، والبيهقي وأبوداود وابن ماجة[٧٢].

(٧٢) انظر المغني لابن قدامة، المرجع السابق ج ٤ ص ٥٩٢.

وفي ضرورة وجوب أداء ما دخل الذمة لأي سبب، أورد الإمام أحمد في مسنده، قوله صلى الله عليه وسلم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه». ومن حديث لجابر بن عبدالله، رواه الإمام أحمد وأبوداود والنسائي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على رجل مات وعليه دين.

وستلي اشارات لتلك الآيات وهذه الأحاديث في معرض اقتضائها، ولأحاديث أخرى. كذلك فقد أجمع علماء الأمة على مشروعية الضمان في الجملة.[٧٣]

٣ ـ أمثـــلة :

ونظرية الضمان في الفقه الإسلامي تتسع في جانب منها لكل قضايا ومشكلات المسئولية التقصيرية، فإذا قيل إن نظرية المسئولية المدنية تقوم في الأنظمة الوضعية على قاعدة أن كل خطأ سبب ضرراً للغير، يلزم فاعله بالتعويض، فانه يصح القول أن الفقه الإسلامي يقيم هذه المسئولية على قاعدة أدق: هي كل ضرر وإن نجم عن غير مميز يلزم جبره.[٧٤]

والفرق بين القاعدتين واضح: فالمسئولية المدنية لا تقوم وضعا، إلا على خطأ وضرر وعلاقة سببية بينهما. من جهة، ولا مسئولية عن فعل الصغير أو عديم التمييز بعموم، أما في الفقه الإسلامي فالمسئولية موضوعية أساسها الضرر، ويضمن فيها عديم التمييز ويعوض من ماله، وهو أمر تحاول الأنظمة الوضعية الوصول إليه، بالخروج الصريح على النصوص التى تكبل مقتضى التطور الذى بصرت به النصوص الشرعية الإسلامية منذ فجر الرسالة المحمدية.

وليس هذا فحسب، فقد قدم فقهاء الشريعة الغراء أمثلة لكافة فروع المسئولية المدنية ومشكلاتها العملية على نحو يختلف عن النظام الانجلوسكسوني الذي وضع

---

(٧٣) منار السبيل في شرح الدليل للشيخ ابراهيم بن محمد بن سليمان بن ضويان ط ٤ (١٩٧٩م) المكتب الإسلامي ـ بيروت دمشق، ص ٣٥٩.

(٧٤) ساهم الباحث في إدخال هذه القاعدة في قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني لعام ١٩٨٤، انظر محمد شتا أبوسعد مذكرات في الضمان لقسم الماجستير بجامعة أم درمان الإسلامية ١٩٨٥ ص ٨٠.

سوابق قضائية في مجال الإهمال ومعاييره، وعلاقة السببية بينه وبين الضرر، والتعدي المباشر وغير المباشر، والمسئولية المطلقة أو المشددة، وقواعد الإثبات، كقاعدة ريل، التى تعني أن الشيء يتحدث عن نفسه وأن الضرر متى وقع فلا مساغ لإثبات الخطأ، وذلك حسب آخر تطورات هذا النظام؛ وبيان ذلك أن هذه الحلول لا تنبثق عن نصوص عَقَديَّة كما في الإسلام، كما أنه لا ينتظمها نظرية عامة كنظرية الضمان، فضلاً عن عدم مسئولية عديم التمييز فيها، وعدم إطلاق قاعدة الضرر كأساس الضمان بوجه عام والمسئولية بوجه خاص.

أما الفقه الإسلامي ففي كل مذاهب أهل السنة توجد مؤلفات لا يغفل أحدها، معالجة الضمان بعموم، والغصب بخصوص، وغيرهما من الموضوعات التى تضع قواعد عامة لوجوب جبر الضرر أيا كان مصدره،[٧٥] على مايلي، ونجتزيء الآن بأمثلة جزئية.

ففيما يتعلق بوجوب جبر الضرر الناجم عن الإتلاف. جاء في شرح التاج والإكليل لمختصر خليل: وقال في رجلين اصطدما وهما يحملان جرتين فانكسرتا، «غرم كل واحد ما كان على صاحبه، وإن انكسرت إحداهما غرم ذلك له صاحبه»[٧٦] وجاء في مجمع الضمانات أن الإنسان «لو غصب ماء محرزاً في آنية فإنه يضمنه بمثله».[٧٧]

وفي مسئولية عديم التمييز جاء في الخرشي، أن الفعل الضار إذا حدث من صغير

---

(٧٥) ففي تحمل المسئولية العقدية أي ضمان العقد انظر نيل الأوطار للشوكاني، المطبعة العثمانية ١٣٥٧هـ ج ٥ ص ٢٩٥، وفي المسئولية التقصيرية. انظر مجمع الضمانات للبغدادي (أبي محمد بن غانم)، المطبعة الخيرية، القاهرة ١٣٠٨هـ ص ١٤١. وفي ضمان المتلفات، بوجه عام والناجمة عن فعل الحيوان بوجه خاص انظر: سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة الأزهر ١٣٩٥هـ - ١٩٧٥م ج ١، ٢ وبخاصة ص ٣٧٢.

(٧٦) الشيخ محمد المدني بوساق، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير من جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، غير مطبوعة، ١٤٠٢هـ ص ٢١ وما بعدها؛ محمد بن يوسف العبدري (المواق) في شرحه التاج والاكليل لمختصر خليل ط ١ مصر ج ٦ ص ٢٤٣.

(٧٧) مجمع الضمانات للبغدادي، المرجع السابق ص ١٣٨.

أو مجنون ففي ضمانه على ما ذهب إليه ابن الحاجب ثلاثة أقوال. . . والمذهب الضمان. [٧٨]

وفي دفع المسئولية ورد في المدونة: (قال) أرأيت لو أن سفينةً صدمت سفينة أخرى فكسرتها فغرق أهلها (قال) قال مالك: إن كان ذلك من الريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها منه فلا شيء عليهم، وإن كانوا لو شاؤوا أن يصرفوها صرفوها فهم ضامنون». [٧٩]. وجاء في جامع الفصولين: ولو قال لغيره أخرق ثوبي أو القه في البحر ففعل فلا ضمان عليه، وكذلك لو قال له اهدم منزلي فهدمه فلا ضمان عليه، إذ أن أمره قد صدر في حدود ولايته ولم يكن المأمور متعدياً بسبب ذلك فلا يضمن. [٨٠]

لا حجة، إذن، للمستشرقين، عندما يدخلون في روع أنصار القوانين الوضعية، أن مثل هذه الحلول هي مجرد حلول جزئية، فقد دُرست من خلال نظرية عامة من جهة، وصيغت بها يؤكد انبثاقها عن أصول كلية من جهة أخرى، فضلاً عن وجود الآيات والأحاديث الدالة على رسوخ نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، على نحو ما أجمع عليه علماء الأمة في الجملة. وحاصل ذلك أن من يتتبع الحلول الفقهية الإسلامية في مجال المسئولية كجزء من نظرية الضمان، يجد أنه ما من جزئية إلا ولها أصل ترجع إليه، وعدم إدراك ذلك هو قصور في فهم الحقيقة الثابتة وهي أن الفقه الإسلامي، بسط نطاق الضمان على نحو أصبحت كثير من مسائله نظريات عامة، كضمان المتلفات، ومسئولية مالك الحيوان وحارسه، والمسئولية عن فعل الغير، وضمان العقد، وضمان اليد، وضمان الغصوب على ما سبقت الإشارة إليه.

والضمان في شقه المقابل للمسئولية المدنية يعني وجوب إلزام الشخص بالوفاء بما

---

(٧٨) شرح الخرشي على مختصر خليل لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الخرشي المالكي، دار صادر، بيروت ج ٦ ص ١٥١.

(٧٩) المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة مالك بن أنس الأصبحي، رواية سحنون. . . مطبعة السعادة ١٣٥٣هـ بمصر ج ٤ ص ٥٠٥.

(٨٠) محمود بن اسماعيل الشهير بابن قاضي سماوه، جامع الفصولين، الطبعة الأولى، المطبعة الأميرية (١٣٠٠هـ مصر) ج٢ ص ١١٣ وما بعدها.

التزم به أو الزم نفسه به أو تعويض المضرور عن الضرر الذى ألحقه به. فإن تعاقد شخص مع آخر على أن يبيع أولهما للثاني مالاً متقوما وعلى أن يسلمه إياه في موعد معين، ولم يسلمه إياه رغم انتفاء المانع، ورغم وفاء الطرف الأخر بالتزامه، فقد انعقدت مسئوليته في الإسلام. قال تعالى:

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ ﴾. [المائدة: من الآية: ١].

والأمر في هذه الآية يفيد الوجوب لانعدام القرينة الصارفة له عن ذلك. وعدم الوفاء ينجم عنه الضرر لا محالة. ومثل ذلك يقال فيما لو ألزم الشخص نفسه بأمر مشروع أناطه بقيام المتعهد له بأمر مشروع فنفذه. وكذا فإن من غصب مالاً، أو أتلف شيئاً متمولاً، أو حال دون وجه حق بينه وبين صاحبه فهلك، أو تعدي على عقار غيره، فقد انعقدت مسئوليته في فقه الشريعة الغراء، ومن ثم فإن هذه الفروض وما سبقها تغطي كل جوانب المسئولية المدنية، فما بالنا بالحلول الكثيرة الجامعة الأخرى، والتى تجعل الضمان معنى عاماً شاملاً، وليس فقط مجرد الالتزام بدين «ثابت في ذمة الغير أو احضار عين مضمونة، أو بدن من لا يستحق حضوره»[٨١] أو مجرد، ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق». [٨٢]

ومن يأخذ تعريفا للضمان دون أن يعي حقيقة فرع الضمان الذى يتم تعريفه، ويحاول أن يعممه على فكرة الضمان ككل، بشتي فروعها المبثوثة في كل أنواع العقود وكافة الأفعال الضارة، فقد افترى على فقهاء الإسلام إثما مبينا، ولا يتسع المقام لضرب أمثلة من كافة مذاهب أهل السنة، ولذا نجتزيء بالإشارة الموجزة إلى فقه الإمام أحمد رحمه الله، ونكتفي ببعض المصنفات الفقهية المبينة له؛ ففي المغني (٤/٧١) أن الصفقة المقصودة في المبيع ملزمة، وأن تفريق الصفقة لا مسئولية معه (٤/٢٦١) وان الشرط الصحيح في الرهن الصحيح ملزم (٤/٤٢٢) وأن المرتهن إذا تعدي في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن عنده حتى تلف فإنه يضمن بلا خلاف

---

(٨١) شرح المنهاج للشيخ زكريا الأنصاري بهامش حاشية الجمل، مطبعة مصطفى محمد، بدون تاريخ، ج ٣ ص ٣٧٧.

(٨٢) المقنع لابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص ٥٩٠.

(٤٣٨/٤) وأن هدم أحد الشريكين الحائط لغير خوف سقوطه . . «فعليه إعادته سواء هدمه لحاجة أو لغيرها . . لأن الضرر حصل بفعله . . » (٥٦٩/٤) ومن ضمن عنه حق بعد وجوبه ، أو قال : ما أعطيت فهو عليَّ فقد لزمه ما صح أنه أعطاه ، إذ الضمان ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق ، فيثبت في ذمتهما جميعا. (٥٩٠/٤) ويصح ضمان كل جائز التصرف . في ماله (٥٩٨/٤) وإذا تعدي المضارب وفعل ما ليس له فعله ، أو اشتري شيئا نهي عن شرائه فهو ضامن للمال في قول أكثر أهل العلم (٥٤/٥) وإذا باع الوكيل ، ثم ا دعى تلف الثمن من غير تعد فلا ضمان عليه . فإن اتهم حلف (١٠٢/٥) ولا تبطل الوكالة بالتعدي فيها وكل فيه . . (١٢٥/٥) وفي كتاب العارية أنه إن شرط نفي الضمان لم يسقط . . ولابن قدامة «ان كل عقد اقتضي الضمان لم يغيره الشرط» (٢٢٢/٥) . ومن غصب مال غيره ، بغير حق فقد اقترف أمرا محرما بالكتاب والسنة والإجماع وضمن ، على تفصيل (٣٨/٥) وفي تلف العين المستأجرة تفصيل (ذ/٤٧٤) وإذا أتلف الأجير المشترك العين من حرزه من غير تعد منه فرُوى انه لا يضمن (ذ/٥٣٣)[٨٣] ، والأمثلة كثيرة تعز على التأصيل ، ولكن هذه الإشارة تدحض مسلك الهلاميين المتوهمين وجود نقص في فقه الشريعة الغراء .

٣ ـ بين التعويض والضمان :

معنى ما تقدم أن للضمان أسبابه المتعددة ، وأنه لا يصلح الحكم على حل جزئي دون مراعاة الإطار النظري الكلي الذى نوقش من خلاله ، فإذا كانت كل تلك الفروع قد وردت في كتابين اثنين من مؤلف جامع ، فإنه ينبغي قبل اطلاق الحكم على الفقه الإسلامي ، جمع كل متعلقات النظرية التى يراد الحديث عنها ، من أجل تحقق الصدق في تقويمها ، فإذا ثبت ذلك ، ثبتت كذلك الحقيقة الفقهية الكلية القائلة : إنه كلما وجد سبب الضمان فقد «وجب الضمان»[٨٤] وغالبا ما يكون من «وقت وجود

(٨٣) المغني لابن قدامه في الأجزاء والصفحات المشار إليها في المتن .

(٨٤) الفُروق للقرافي (شهاب الدين احمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بـ) مطبعة دار إحياء الكتب العربية ط ١ (١٣٤٦هـ) ج٤ ص ٢٧ .

سببه»[٨٥]. والمقصود هنا هو التعويض بسبب الضرر، سواء تعلق الأمر بضمان عقد وشرط، أي ضمان مال تالف أو ضرر حاصل بناء على عقد أو شرط يقتضي هذا الضمان، أو بناء على فعل ضار كالغصب، متى توافر ركناه وهما إثبات اليد أو الاستيلاء وقصد العدوان، أو عن اتلافٍ مباشرة أو تسببا، أو لغير ذلك من الأسباب الشرعية دون أن ينجم الضرر عن دفاع مشروع، أو تطبيب وتأديب أو إكراه أو قوة قاهرة، على تفصيل، حيث يتخذ الضمان صوراً عديدة منها التعويض باعتباره بدلاً مالياً لا جزاء لفعل، وبه تصان الأموال في الشريعة، أيا كان مظهر الضرر وموجبه كانقلاب نَائمٍ على متاع وإتلافه، أو حرق شخص مال غيره، أو وضع شيء في طريق عام فيتعثر فيه إنسان فيسقط منه متاعه ويتلف،[٨٦] والتعويض يمكن أن يكون عن الضرر المباشر في حال الإخلال بالعقد في الفقه الإسلامي، كما يمكن أن يكون عن الضرر غير المباشر، إذا حدث من المباشر تعد، أي تجاوزٌ لما يسمح به الشرع كمن يرسل في أرضه ماءً لا تحتمله فيتعدى إلى أرض جاره فيفسد ما فيه من زرع[٨٧]، وتحققت السببية بين التعدي والضرر[٨٨] وإلا فلا تعويض أصلا، وهناك خلاف فقهي بشأن مدى إمكان التعويض عن الضرر غير المباشر في بعض الحالات، كحالة من حل رباط سفينة فغرقت بما عليها من أمتعة، أو فتح زِقّ سمن فخرج ما فيه من فوره، أو الحيلولة بين صاحب مال وماله حتى تلف، ويلاحظ أن المباشرة تقدم على التسبب كما سيلي، باستثناء حالات يكون فيها المتسبب مسئولا مع المباشر حينا ومسئولا وحده

---

(٨٥) بدائع الصنائع، المرجع السابق ط ١٣٢٨هـ ج٧ ص ١٥١.

(٨٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لزين الدين بن نجيم، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت ج ٨ ص ٣٩٩؛ مجمع الضمانات للبغدادي، المرجع السابق ص ١٤٦ - ١٥٤ - ١٦١ - ١٦٥؛ جامع الفصولين، المرجع السابق ج٢ ص ١١٣؛ شرح منتهى الإرادات لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار الفكر، ج ٢ ص ٤٢٤؛ حاشية العدوي على شرح الخرشي للشيخ علي بن أحمد الصعيدي العدوي، مطبوعة بهامش شرح الخرشي، دار صادر، بيروت ج ٦ ص ١٤٠.

(٨٧) جامع الفصولين، المرجع السابق ج ٢ ص ١١٦، ١٢٢، ١٢٤؛ مجمع الضمانات، المرجع السابق ص ١٦٤؛ شرح الخرشي على مختصر خليل، المرجع السابق ج ٨ ص ١١١.

(٨٨) فتح العزيز شرح الوجيز مع المجموع شرح المهذب لأبي القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعي، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة ج ١١ ص ٢٤٣ - ٢٤٥.

أحيانا، فيضمن المتسبب والمباشر معا إذا أحدثا الضرر معا وكان لكل منهما تأثير واضح فيه، بينما يضمن المتسبب وحده «إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه وكانت المباشرة لا عدوان فيها بالكلية»[٨٩] وإذا اجتمع أكثر من متسبب في إحداث الضرر اشتركوا في الضمان[٩٠]، كذلك يتم التعويض سواء نجم الضرر عن فعل المباشر مباشرة أو من المتسبب فيه، أم نجم عن حيوانه أو جماداته، ذلك أن الضرر يزال، وهو لا يزال إلا بتعويض أو بشكل آخر من أشكال الضمان، حيث تنشغل الذمة بالحق، فيجب رده أو بدله بالمثل أو القيمة، أو غير ذلك، منعا لأكل أموال الناس بالباطل وتغطية للضرر الواقع فعلا على مال متقوم متعلق بالمضرور، طالما كانت هناك فائدة شرعية منه وكان المتلف من أهل الضمان.

والخلاصـــة :

١ - ان الضمان في الفقه الإسلامي، موضوع ثرٌّ وللفقه فيه عطاء كبير، ومن الناحية المنهجية، فإن موضوعاته التى عالجها الفقه الإسلامي، تُغَطّي مايلي:

أ - المسئولية المعروفة في الأنظمة بالمسئولية الخطئية، أي المسئولية القائمة على الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وما يستلزمه توافر هذه العناصر من تحقق الضمان أو وجوب التعويض، ولكن النظرية الإسلامية تتفوق في أنها تفترض الخطأ لمجرد حدوث الضرر، عند بعض الفقهاء، ويبني البعض الآخر الضمان على مجرد حدوث الضرر، لذا فان الفرد من المحدودة في الفقه الإسلامي، والمتعلقة بهذه النظرية تتجاوز التقنينات الوضعية العربية برمتها، وهي في هذا الصدد تتفوق على نظرية المسئولية المشددة أو المطلقة بالمفهوم الأنجلوسكسوني والمستمدة من السابقة الشهيرة (ريلاندزضد

(٨٩) القواعد في الفقه الإسلامي للحافظ أبي الفرج عبدالرحمن بن رجب الحنبلي، راجعه وعلق عليه عبدالرؤوف سعد ١٣٩٢هـ مكتبة الكليات الأزهرية ص ٣٠٧.

(٩٠) المغني لابن قدامه، المرجع السابق ج ٧ ص ٧٢٣؛ بدائع الصنائع، المرجع السابق ج٧ ص ١٦٨.

فلتشر)[٩١] الخاصة بالتعويض عن ضرر نجم من تسرب ماء إلى أرض الجار.

ب ـ النظرية التى لم تُصَغْ بعد في أي قانون مدني في العالم، رغم الارهاصات الفقهية للتبشير بها، وهي نظرية المسئولية الموضوعية بمعني الكلمة، أي المسئولية القائمة على الضرر وحده بصرف النظر عن وجود خطأ من عدمه، وهذه هي النظرية الأساسية والأصيلة في الفقه الإسلامي وهي نظرية الضرر كأساس للضمان أو التعويض، وتقوم هذه المسئولية بالنسبة للشخص غير المميز مثلما تقوم بالنسبة للشخص المميز فهما في ذلك سواء.

جـ ـ ان المسئولية في الفقه الإسلامي لا تقوم عن فعل الشخص فقط بل عن فعل غيره، كمسئولية المتبوع عن أعمال تابعة ومسئولية متولي الرقابة عن اعمال القصر ومن إليهم وليس في هذا حمل مسئولية أو ضمان عن الغير، لأن الملتزم بالتعويض والضمان يرجع على من هو مسئول عنه، وذلك ما لم ترفع الدعوى مباشرة على التابع مثلاً، حيث تكون مسئولية المتبوع احتياطية.

د ـ إن المسئولية عن الأشياء ثابتة أيضا في الفقه الإسلامي، فمالك الحيوان أو حارسه وحارس الشيء الجامد، أو مالكه، وغيرهم ممن يناط بهم واجب شرعي أو اتفاقي يضمنون على تفصيل، لا تتسع له هذه المحاولة التأصيلية.

٢ ـ إن للضمان في الفقه الإسلامي إطلاقات متعددة، يهمنا منها ما يتعلق بتأصيل مسئولية الضامن عن مخالفة التزاماته العقدية (فهذه مسئولية عقدية) أو إتيانه أي فعل، أيا كان، ينجم عنه ضرر للغير، أو إحداثه هذا الضرر بالغير، (وتلك هي المسئولية التقصيرية) والإثنان معا يشكلان ما يعرف وضعا بالمسئولية المدنية التى هي، بهذه المثابة، جزء من نظرية الضمان:

---

(٩١) محمد شتا أبوسعد، تاريخ المسئولية التقصيرية في السودان، طبعة جامعة القاهرة ١٩٨٤م ص ١٣٠ وانظر كليرك وليندسل، الأخطاء، ط ١٢ لندن ١٩٦١ من رقم ١٣٠١ ص ٦٩٢ حتى رقم ١٣٦٠؛ وينفلد في الخطأ ط ٧ بواسطة جولويكز وابليس لويس، لندن ١٩٦٣ ص ٥ ص ٤٤٠ حتى ٤٧٢.

أ ـ فمن جهة قد يطلق لفظ الضمان ويقصد به المسئولية العقدية، عند مخالفة التزام عقدي، بل قد يشمل المسئولية عن التعهد الإرادي الأحادي كالتسليم بالضمان حتى قبل وقوعه كقولهم «الق متاعك في البحر وعليَّ ضمانه»[٩٢]. وقد يتجاوز الأمر ذلك إلى ضمان تنفيذ الالتزام، بدليل استخلاص صحة الضمان في كل حق «من الحقوق المالية الواجبة أو التى تؤول إلى الوجوب كثمن المبيع في مدة الخيار وبعده، والأجرة والمهر قبل الدخول أو بعده»[٩٣] مع عدم صحة ضمان مالا يكون مضمونا على من هو في يده.[٩٤]

ب ـ كذلك فقد يطلق الضمان ويقصد به أحد جانبي المسئولية المدنية، وهو المسئولية التقصيرية، حيث لا خلاف مطلقاً بين الفقهاء ـ ويهمنا هنا، تتبعاً للسياق مسلك الحنابلة ـ في أن كل فعل ضار يستلزم الضمان، كما في حالة الغصب، فالغصب إذن مضمون، لأن الغاصب مقارف لفعل ضار تنشغل به مسئوليته في الضمان، ولكن عمق الفقه الحنبلي بعد ذلك يتجلي في بحث مسألة مدى ضمان هذا المضمون من خلال عقد، وتلك مسألة أخرى، ولكن عرضها لا يخلو من فائدة في مسألة ضمان المسئولية، فهذا سند أصيل له، فالذين يتصورون أن ضمان المسئولية في الشريعة أمر غير معروف يقعون في خطأ، بدليل ما ورد في المغني لابن قدامة من أنه «يصح ضمان الأعيان المضمونة»[٩٥] وضرب مثلاً لذلك بالمغصوب، والأحناف يقولون بذلك، وكذا الشافعي في أحد قوليه، لأن ذلك ضمان استنقاذ ورد. وإذا عدنا إلى الأصل وهو قيام الضمان في حالة إتيان فعل ضار، فإن ثبوت ذلك ليس محل خلاف في فقه الشريعة الغراء، وهو ما سنعرض له عند الحديث عن الضمان المرادف للمسئولية المدنية، وعلى ما

---

(٩٢) المغني لابن قدامة ج٤، المرجع السابق ص ٥٩٣.

(٩٣) المرجع السابق ص ٥٩٥.

(٩٤) المرجع السابق ص ٥٩٥.

(٩٥) المرجع والموضع السابقان.

نتقل إليه الآن، ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين. أولهما عن الضمان في حالة مخالفة الالتزامات العقدية في الشريعة الإسلامية ليكون ذلك أساسا لتعريف هذا الشق، وثانيهما عن الضمان في حالة الفعل الضار، ليكون ذلك بدوره أساسا لتعريف هذا الشق ومن حاصلهما، ومن حاصل المبحث الأول يمكن تعريف المسئولية المدنية في فقه الشريعة الغراء.

المطلب الأول
تعريف المسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية
من خلال أمثلة تبين الضمان في هذا الجانب

المسئولية العقدية، تعني، في فقه الشريعة الإسلامية، إما الالتزام الذى يثقل كاهل الملتزم، باعتبار أن هذا الالتزام هو أثر للعقد، وأما الجزاء المترتب على الإخلال بهذا الالتزام، باعتبار أن هذا الإخلال هو الجزاء المترتب على عدم ترتيب أثر العقد، وعلى هذا فإن مفهوم المسئولية العقدية في الشريعة الإسلامية أعم منه في الأنظمة الوضعية إذ يشمل الالتزام وأثر عدم تنفيذ الالتزام.

أولاً: المسئولية بمعنى الالتزام أو أثر العقد:

١ ـ قد يكون الضمان أو المسئولية أثراً للعقد، كما في عقد الكفالة، فعقد الكفالة أيا كان تصوره[٩٦]، له حكم أساسي يتمثل في وجود التزام بالضمان على عاتق الكفيل، فالكفيل يلتزم بضمان المكفول، بحيث أنه إذا لم ينفذ المكفول التزاماته، نفذها الكفيل[٩٧]، فتنشغل ذمة الكفيل ليس فقط بمجرد الضمان، أي ضمان الالتزام، بل أيضا بأداء هذا الالتزام، سواء تعلق الأمر بأداء دين، أم تعلق المكفول به بأداء عمل أو فعل، كما هو الشأن في حالة الكفالة المنصرفة إلى تسليم الأعيان الممكن تسليمها.

---

(٩٦) المرجع السابق ص ٦١٤.

(٩٧) المرجع السابق ص ٦٢٥ بالنسبة لحالة وجود كفيلين.

ـ وإذا تعلق الأمر بضمان تسليم أعيان، فإن هذه الأعيان، قد تكون في يد ضمان وقد تكون في يد أمانة:

فيد الضمان:

هي من حيث الأصل يد اعتداء على العين، كأن يضع شخص يده على عين بلا إذن من مالكها ولا إذن من الشارع، على نحو يحول بين المالك وما يملك كلية، أو يمنعه من الانتفاع بما يملك على الوجه الذى يرتضيه، وكل يد تحل محل اليد المعتدية تعتبر بدورها يد ضمان، كما تعتبر يد ضمان كل يد تستند إلى اذنٍ شرعي، ولكن قام الدليل على تضمين ذي اليد عليها، وكل يد تبقي على العين بعد زوال حالة الضرورة التى أعوزت إليها، وكذلك اليد التى توضع على العين بإذن من صاحب المال لمصلحة واضع اليد، أو لمصلحة مشتركة بين صاحب اليد وصاحب المال وكانت مصلحة صاحب اليد أرجح. فهذه اليد تضمن ما يلحق المال من ضرر سواء كان واضع اليد هو الذي أحدث التلف، أم كان الضرر بسبب لا قبل لصاحب اليد به، كالسبب السماوي، أو ما يسمي بالقوة القاهرة وما إليها، أو كان مترتبا على فعل شخص أجنبي، فهنا تظل يد الضمان مسئولة عن مثل العين أو قيمتها بحسب الأحوال.

وأمّا يد الأمانة:

فهي كل يد تستند في حيازتها للشيء إلى ولاية شرعية دون أن يكون هناك دليل يقضي بتضمين صاحبها، وهذه اليد قد تستند إلى عقد كيد البائع على المبيع قبل تسليمه إلى المشتري، وقد تستند إلى أثر العقد ومقتضاه كيد المستعير على العارية عند الشافعية والحنابلة خلافاً للحنفية، وكيد الوكيل بالقبض، والشريك، والمضارب، وقابض المال لحفظه. والحكم في حال يد الأمانة أنه لا ضمان على ذي اليد عند تلف المال تحت هذه اليد، إلا إذا ثبت تقصيره في حفظه أو تعديه عليه.

٢ ـ وقد لا يكون الضمان أو المسئولية أثرا مقصودا إصالة من العقد وإنما أثراً لازما لحكم العقد، كما هو الشأن في عقد البيع؛ فمقصود عقد البيع شرعا هو إفادة

ملك الثمن والمثمون أي المبيع، وهذا يستلزم بحكم اللزوم الشرعي والعقلي، قيام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، وإلا انشغلت ذمته بأداء المبيع أي تسليمه.

٣ ـ كما قد يكون الضمان أو المسئولية في العقود أثراً لشرطٍ صحيح مفيد، أو أثراً لحكم العرف

أ ـ فالضمان أو المسئولية يجوز أن يكون أثرا لشرط صحيح مفيد، سواء تعلق الأمر بضمان مال أم بضمان فعل، فمن قبيل ضمان المال إعمالا لشرط صحيح مفيد، ضمان الدرك عند جمهور فقهاء الشريعة الغراء(٩٨)، ذلك أنه إذا استحق المبيع انشغلت ذمة الضامن بثمنه، فان امتنع أجبره القضاء على الوفاء بالثمن، وإن اقتضى الأمر التنفيذ عليه(٩٩)، ما لم يكن معسرا، ففي هذه الحالة يمكن أن ينظر إلى ميسرة،(١٠٠) ولا يلتزم بأداء أي «تعويض جزاء تأخير الوفاء، وإن ترتب على ذلك ضرر بالدائن»(١٠١) على ما يرد لاحقا. ومن قبيل ضمان الفعل، أن الأجير إذا التزم بالعمل فامتنع عنه أجبر عليه مع تعزيزه لقاء ظلمه، ولا يلزم شرعا بأيٍّ تعويض عن الضرر الذى يترتب على تأخيره في الوفاء، لكن إذا ترتب على امتناع الأجير عن العمل تلف مال لمن استأجره، فإن الأجير يلزم بأداء قيمة ما تلف لتسببه في التلف حتى وإن

---

(٩٨) انظر أمثلة متعددة في مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ج ٣ ص ٣١٧ ـ ٣٣٦، وكشاف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور البهوتي، مكتبة النصر الحديثة ج٢ ص٣٣٦ وما بعدها؛ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج لشمس الدين محمد بن أبي العباس الرملي ١٣٨٦هـ مطبعة الحلبي ج ٥ ص ١٤١؛ حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار لمحمد أمين ط ٢ (١٣٨٦هـ) م الحلبي ج ٣ ص ٣٤٨.

(٩٩) «وينتقل الضمان إلى المشتري بتمكنه من القبض» انظر علاء الدين أبا الحسن علي بن محمد بن عباس البعلي الدمشقي، الاختيارات الفقهية من فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية، ص ٢٢٤.

(١٠٠) عبدالناصر العطار، الأجل في الالتزام ط ٢ ص ٩٠ وما بعدها؛ وتفسير آيات الأحكام للشيخ محمد على السايس ط١ ج١ ص٦٨ وما بعدها.

(١٠١) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص ١٧.

كان ذلك ليس من قبيل ضمان العقد[102]، لأن ضمان العقد يجب أن يكون منصوصا عليه فيه، وهذا ليس منه، بل للتعويض أساس آخر هو التسبب.

وسند الضمان المبني على شرط صحيح مفيد[103]، أن الشرط ملزم[104]، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «المؤمنون على شروطهم، إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا». فالشرط يصلح سنداً لأنه صحيح،[105] والشرط الصحيح الذى يصح معه العقد الذى اشترط فيه الضمان، هو شرط يقتضيه العقد كشرط تمليك المبيع أو شرط يلائم العقد، كشرط الحصول على رهن بدل الثمن، أو شرط يجري به التعامل، كاشتراط أن يصلح البائع المبيع، وكل ذلك بعكس الشرط الفاسد الذى إما أن يفسد العقد معه، وإما أن يلغو فيه وحده، دون أن يفسد العقد. والشرط الفاسد الذى يفسد العقد يجب أن يرد في عقد من عقود مبادلة مال بمال، كالبيع، فإن ورد في عقد فيه مبادلة مال بغير مال كما في عقد النكاح فإن العقد يصح ويلغو الشرط، كذلك يلغو الشرط وحده ويصح العقد، إذا كان العقد من التبرعات كالهبة، أو من التقييدات كعزل الوكيل، أو من محض الإسقاطات كالطلاق، أو من الإطلاقات كما في حالة الإذن للصبي بالتجارة، وكذلك يسقط الشرط وحده في عقود الإقالة والرهن والحوالة، والكفالة والوكالة والوصية والإيصاء.[106]

كذلك يسقط الشرط وحده دون العقد إذا كان لا يلائم مقتضي العقد ولا منفعة فيه لأحد ولم يجر التعامل به، كما في حالة بيع حيوان مع اشتراط عدم بيعه.[107]

---

(١٠٢) كشاف القناع، المرجع السابق ج٢ ص٣٠٠؛ محمد شتا أبوسعد شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني، مطبعة ج القاهرة ١٩٨٤ ص ١١٢ ومستقبل التشريع الإسلامي ١٩٨٦ ج ٣ ص ٥٠

(١٠٣) التفاصيل في مجموع فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية ج٢٩ ص٣٤٦.

(١٠٤) المرجع السابق ج ١١ ص ٨٩ ـ ٩٠.

(١٠٥) د. حسين الشاذلي: الشرط في العقد، رسالة الأزهر، غير مطبوعة ص ٣٠ وما بعدها؛ زكي الدين شعبان، الشروط المقترنة بالعقد، رسالة الأزهر (١٩٤٥م) مخطوطة بمكتبة كلية الشريعة والقانون ص ٢ وما بعدها، رسالتنا في الشرط ص ١٨٠ وما بعدها وص ٥٠٠ وما بعدها في الخلاصة.

(١٠٦) انظر المواد ٣٢٤ ـ ٣٢٦ من مرشد الحيران.

(١٠٧) ١ ـ د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق، ج٣ مطبعة دار الهنا ١٩٥٦ ص ١٣٢.

إنما يلاحظ أن ما تقدم هو مسلك المذهب الحنفي، أما عند المالكية، وفي مذهب الإمام أحمد فإن الإمام ابن تيمية يقول «وأصول أحمد رضي الله عنه المنصوصة يجري أكثرها على هذا القول ـ أي تصحيح الشروط ـ ومالك قريب منه، ولكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط، فليس في الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحا للشروط منه».[١٠٨] ويلاحظ أن الإمام ابن تيمية لا يقول بفساد الشرط إلا إذا نافي مقصود العقد أو ناقض الشرع.

ب ـ والضمان ـ أو المسئولية ـ يجوز أن يكون أثراً لحكم العرف، فما جرى العرف على أن يضمنه أحد المتعاقدين، فلا مناص من إعماله والأخذ به. والقاعدة أن التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، ولما كان أغلب المتعاملين في زماننا إما من البسطاء، وإما من رجال الأعمال الذين لا يجدون وقتا للتفكير في أحكام الأعراف، فقد غصت المحاكم بكثير من قضايا المسئولية أو الضمان العقدي، ويتم الاستناد عادة إلى العرف أو العادة، فإن ذلك، فضلاً عن الضرورات العلمية يستلزم اشارة موجزة إلى بعض القواعد في هذا الصدد.

ففيما يتعلق بقاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص الواردة في المادة ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية، فإن الفقه يقرر أن هذه القاعدة وأمثالها[١٠٩]، تعبِّر عن سلطان العرف العملي، وأنه لا مانع، في إطار ذلك من التخصيص ليقال إن المعروف بين التجار كالمشروط بينهم، حيث يعتبر العرف الخاص بين التجار والصناع في بلد معين، ويكون لهذا العرف نفس ما للعرف العام من آثار، ولكن بين متعارفيه دون غيرهم.

ولما كانت الأعراف مما يمكن أن تتغير بتغير الأوقات، فقد صيغت قاعدة شرعية تقضي بأنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان، ولكن ذلك منوط بعدم مخالفة نص قرآني أو حديث نبوي.

---

(١٠٨) انظر محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، الرياض ١٤٠٥هـ ص ١٨٣.

(١٠٩) الأستاذ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج٢، المدخل الفقهي العام، ط ٢ دمشق بند ٦١٣ ص ٩٩٥.

وفي هذا الصدد فإن هذه القاعدة الواردة في المادة ٣٩ من مجلة الأحكام العدلية، لا يمكن إعمالها إلا بصدد المسائل أو الأحكام التى يجوز فيها الاجتهاد، والتى يمكن أن يلحقها التعديل أو التبديل تبعا لظروف كل عصر، أما الأحكام القطعية، وما لا يجوزم الاجتهاد فيه، فإنها أحكام أبدية باقية لا تتغير ولا تتبدل مهما تقادم الزمن وتوالت الأحقاب. وفي هذا الإطار ينبغي فهم ما قاله القرافي من «أن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت. .»(١١٠). فالعرف دليل احتياطي، والقضاة لا يمكنهم إعماله في مورد النصوص التى لا مساغ للاجتهاد فيها، وإنما يعتد بالعرف «في غير موضع النص»(١١١) كذلك فإنه لا يؤخذ بالعادة إلا إذا كانت مضطردة أو غالبة، وهذا ـ وليس أكثر منه ـ هو معنى قول الإمام الشافعي إن «كل ما يتضح فيه اطراد العادة فهو المحكم».(١١٢)

ثانياً: المسئولية بمعنى الإخلال بالالتزام أو بأثر العقد:

وإذا صح اعتبار الضمان ـ أو المسئولية ـ بمعنى الالتزام أو أثر العقد، فإنه يصح من باب أولى، أن يطلق اصطلاح الضمان أو المسئولية العقدية بمعنى الإخلال بالالتزام العقدي أو بأثر العقد، وذلك أنه إذا كان الالتزام ضمانا مرتبا للمسئولية، فإن أيَّ إخلال بهذا الالتزام، سواء كان كليا، أم جزئياً، يعتبر أساسا لانشغال الذمة، أي أساساً للمسئولية العقدية.

ولكن يلاحظ في إطار ضمان العقد، أو المسئولية العقدية، وعلى خلاف ضمان الإتلاف، أو الفعل الضار، أو المسئولية التقصيرية عموما، أن «ضمان العقد في نظر

---

(١١٠) الفروق للقرافي ج١ (١٣٤٤هـ طبعة دار إحياء الكتب العربية) ص ١٧٦، ١٧٧.

(١١١) الشيخ محمد أبوزهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي ١٣٧٧هـ ص ٢٧٣؛ عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه بغداد ط ٣ (١٣٨٧هـ) ص ٢١٨؛ منير القاضي، شرح المجلة، ج ١ ص ٩٤ وما بعدها؛ د. محمد السعيد عبدربه، بحوث في الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، ط١ القاهرة ص ١٩١ وما بعدها؛ د. محمد عبدالجواد محمد، بحوث في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الطبعة الأولى بند ٣٤ ص ١٥٠.

(١١٢) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية للإمام جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، طبعة الحلبي ص ١٠١.

الفقهاء لا يكون إلا فيما نُصَّ عليه في العقد كالمبيع في عقد البيع، والثمن إذا كان عينا، والأجرة في عقد الإجارة إذا كانت عيناً معينة، وبدل الصلح إذا كان عينا كذلك». [١١٣] وهكذا فمن وجب عليه بالعقد تسليمها، ثم تلفت قبل تسليمها، فإن ضمانها، أو المسئولية عنها، يصبح أمراً مفروضا في جانبه[١١٤]. ويتركز الضمان في هذه الحالة في الزام الضامن أو المسئول، بأداء البدل الذى يستلزمه العقد، فالعبرة بأداء البدل بصرف النظر عن القيمة في حد ذاتها.

١ ـ فإذا تعلق الأمر بمبيع فإن هلاكه في يد البائع يكون مضموناً بالثمن وحده، وبالهلاك يبطل العقد، أي يصبح البيع كأن لم يكن، وهذه صياغة إسلامية دقيقة؛ ولازم ذلك أن البائع يلزم برد الثمن إن كان قد تقاضاه، ولا يمكن إجبار المشتري بالوفاء به إن لم يكن قد أداه. وإذا كان الثمن عينا وهلك سري نفس الحكم بالنسبة للمثمون، فكلاهما في التصور الفقهي الإسلامي مبيع، ولا اعتبار في هذه الحالة، كذلك، لمسألة التفاوت بين البدلين.

مفاد ما تقدم في مثال عقد البيع، أن البيع الصحيح، يرتب أثراً هاما، هو التزام البائع بضمان المبيع، فإذا هلك في يده، قبل أن يقوم بتسليمه إلى المشتري، فإن الثمن يسقط عن المشتري، فلا يلزم بأدائه إن لم يكن قد أداه، وله أن يستأديه إن كان قد وفاه. [١١٥].

٢ ـ وإذا تعلق الأمر بعقد إجارة، فإن هذا العقد يفيد ملك المستأجر منفعة العين المستأجرة، مقابل عوض يؤديه إلى المؤجر. ومن لازم ذلك أنه:

أ ـ إذا كان المستأجَر عيناً: حقٌّ للمستأجر مطالبة المؤجر بتسليمه العين لاستيفاء المنفعة منها، ووجب على المؤجر تسليمها له، فإذا تسلمها المستأجر كانت يده عليها يد أمانة، فإذا تجاوز حقه أو ما ألزمته به شروط العقد أو العرف تحولت يده إلى يد ضمان، فإن تلفت ضمن قيمتها أو مثلها. وبالمقابل يلتزم المستأجر بالأجرة، ويلتزم

(١١٣) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص ١٩.

(١١٤) السيوطي، المرجع السابق ص ٢٧٧.

(١١٥) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص ٢١ وما بعدها والمراجع التي أشار إليها.

بمجرد بأدائها، باستيفاء المنفعة عند الحنفية، وبمجرد العقد عند الشافعية، وفي الأمر تفصيل ليس هذا العرض محددٌ الهدفِ مجالَهُ.

ب ـ **وإذا كان المستأجر أجيراً**: فإنه يلزم بأداء ما استؤجر عليه، بنفسه، أداء فعلياً متقناً، ومن لوازم ذلك تنفيذ الأوامر المشروعة لصاحب العمل، وعدم ارتكاب ايّ تقصير، أو إفشاء أسرار العمل، مع ضمان ما يتلف؛ هذا إذا كان الأجير خاصا، أما الأجير المشترك الذي يعمل لعامة الناس، فإنه إذا لم يُشترط عليه أداء العمل بنفسه حق له إنهاءه بنفسه أو بغيره، لأن التعاقد معه يكون على العمل لا على شخصه وعمله بيده. كما يلتزم صاحب العمل بأداء الأجرة، قال تعالى:

﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق: من الآية: ٦].

وقال صلى الله عليه وسلم «اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه». [116] أما التزام العامل بأداء عمله فأساسه قوله تعالى:

﴿ وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ ﴾ [التوبة: ١٠٥].

وهكذا فالضمان يجب أو المسئولية تنعقد، بمعناها المتقدم، في كافة عقود الضمان، دون عقود الأمانات، والقاعدة العامة في هذا الصدد أن ما يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده.

لاحظنا إذن أن المسئولية العقدية لها معنى خاص في عقود الضمان وحدها، وهو الالتزام بأداء ما التزم الشخص بأدائه، على أنه إذا لم يؤد الملتزم التزامه سقط الالتزام المقابل فلا يُؤدّي ويُسترد إن كان قد تم أداؤه.

وهٰذا المعنى الدقيق لا يحول، دون إمكان التعويض، عن عدم التنفيذ، في كافة العقود، إذا كان عدم التنفيذ يمثل خطأ، يلحق ضرراً بالمتعاقد الآخر، وبشرط أن

---

(١١٦) انظر شرحا وتحليلا للحديث في مؤلفنا. مستقبل التشريع الإسلامي ج ٣ ص ٤٥ وانظر نيل الاوطار للشوكاني ١٣٥٧هـ ج٥ ص ٢٩٥ وما بعدها وعرضه لحديث أبي هريرة «... ومن كنت خصيمه خصمته...» الذي رواه الإمام أحمد والبخاري وانظر د. شرف بن على الشريف، الاجارة الواردة على عمل الإنسان ١٤٠٠هـ ص ٢٣٧ وما بعدها.

يرتبط الخطأ بالضرر ارتباط عِلِّيَّة بحيث يقال إنه لولا الخطأ لما كان الضرر، أو إذا ترتب على عدم التنفيذ ضرر للمتعاقد الآخر تقضي قواعد العدالة الإسلامية بجبره، وبشرط ألا يترتب على ذلك أكل لأموال الناس بالباطل، وبهذا يمكن إعمال حديث «لا ضرر ولا ضرار» اعمالاً موسعا مُطَّرداً، في إطار قاعدة العدالة الإسلامية الكبرى الواردة في قوله تعالى:

﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾[117] [(البقرة: من الآية ١٨٨) وهذه الآية بدون الواو جزء من الآية ٣٤ من سورة النساء] وفي هذا سبقت الشريعة الإسلامية كافة الأنظمة الوضعية التي أعملت هذا المفهوم عقلاً لا نقلاً.

---

(١١٧) انظر تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السايس ط١ (الأزهر) ج ٢ ص ٨٦.

المطلب الثاني
تعريف المسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية

حتى يمكن استخلاص تعريف سائغ للمسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية، يلزم بداءة الوقوف على أهم الأفكار الإسلامية الكبرى التي تلقي الضوء على أبعاد هذا التعريف وهي :

أولاً : إن الضرر هو أساس الضمان أو المسئولية التقصيرية في فقه الشريعة الإسلامية :

١ ـ ليس هناك وضوح في تأكيد هذه الحقيقة، أبلغ من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار». [١١٨] فهذا الحديث الشريف يعني من بين ما يعني أنه :

١) لا يجوز لأحد أن يضر غيره، سواء عاد عليه نفع من جراء احداث هذا الضرر أم لا.

٢) ولا يجوز لأحد أن يقوم بأيِّ فعل، سواء كان هذا الفعل مقصوداً أم غير مقصود، إذا كان من شأن ذلك إلحاق ضرر بالغير، ولذا فإن هذا الحديث يمنع أصل الخطأ الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع الإهمال الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع التعدي الذي يترتب عليه الضرر، كما يمنع وينفي أصل الضرر في حد ذاته، حتى وإن كان ناشئاً عن غير فعل ضار، أو عن

---

(١١٨) انظر نيل الأوطار للشوكاني، الجزء الخامس (التزم عثمان خليفة) الطبعة الأولى، المطبعة العثمانية مصر ١٣٥٧هـ ص ٢٥٩ وما بعدها.

فعل مشروع ، فالضرر محظور سواء وقع بطريق المباشرة أو التسبب أو بها دون ذلك أو أكثر منه من الأعمال .

٣) وعليه فيجوز أن يكون هذا الحديث أصلاً لنفي أيِّ ضرر، يترتب على أيِّ فعل، مهما كان ذلك الفعل جائزا أو مشروعا في ذاته ، طالما ترتب عليه ضرر للغير.(١١٩)

وهذه المعاني تُفهم من الوضع الصحيح للغة ومن أقوال الأصوليين؛ فاللغويون يذهبون إلى أن الضرر هو ما كان ضد النفع ، ويقولون أن الضرر هو فعل الشخص الواحد، كأن يضر الرجل أخاه على أيِّ وجه ، والضرار هو فعل الإثنين معا ، فيقوم الرجل بالإضرار بصاحبه ويقوم صاحبه بالإضرار به .(١٢٠) . والأصوليون يقولون إن الضرر هو الابتداء، ويعني الإضرار بالغير مع انتفاع من قام بالإضرار، أما الضرار فهو الجزاء على الضرر، حيث يضر الإنسان غيره دون أن ينتفع لمجرد الرد على الضرر الذي ألحقه به الغير.(١٢١) بل لقد أكد ذلك الوعيد الوارد في السنة لمن ضارَّ غيره ، حيث قال صلى الله عليه وسلم «من ضارَّ أضرَّ اللهُ به ، ومن شاقَّ شاق الله عليه» ،(١٢٢) وما أُثر من فقه الصحابة يؤكد بدوره وجوب منع صاحب الحق من أن يتسبب باستعماله اياه في الحاق الضرر بمن سواه(١٢٣)، فالشريعة، تمنع الضرر، بكافة الطرق، حتى وإن كان ذلك بتقييد الحقوق الخالصة للإنسان، فلا يجوز له أن يضر غيره، وهو

---

(١١٩) انظر فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون ط ١ بيروت ص ٣٤٩؛ حسين عامر، التعسف في استعمال الحقوق وإلغاء العقود ط ١ مطبعة مصر ١٣٧٩هـ بند ٤٣ ص٢٦ وما بعدها؛ محمد شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق، مصر ١٩٧٩ بند ٢٥٧ ص٢٥٦ .

(١٢٠) انظر لغويا: لسان العرب ج ٦ ص ١٥٣ ؛ وانظر النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ١٦ ؛ فتحي الدريني، الرسالة السابقة ص ٣٤٥ .

(١٢١) د. محمد شتا أبوسعد، مستقبل التشريع الإسلامي، ج٣ ، ط ١ ديسمبر ١٩٨٦ القاهرة (مطابع الناشر العربي) ص ٥ في عرض مسلك الأصوليين موجزاً .

(١٢٢) المرجع السابق ص ٦ وما بعدها وص ٣٧ وما بعدها .

(١٢٣) ـ انظر المادة ٣١ من مجلة الأحكام العدلية التي أخذ بها قانون المعاملات المدنية الإسلامي السوداني وانظر مؤلفنا، شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني ط١ (١٤٠٤هـ) مصر ص٢١٦-٢٢٥ .

يستعمل هذه الحقوق، وهي لا تحول دون وقوع الضرر الراجح فقط، بل تمنع الضرر الظني، وهذا دور وقائي لا يمكن أن يقوم به أي نظام وضعي، وتلك مسألة أخرى تؤكد مدى سمو التشريع الإسلامي تبعا لسمو مصدره، وشرف البحث فيه.

٢ ـ ولأن الشريعة، على خلاف الأنظمة الوضعية حتى ما كان منها أكثر حداثة، تنفي مطلق الضرر، فإنها اشتملت في فقهها على قواعد كثيرة تؤكد هذا المضمون ومنها قاعدة أن الضرر يدفع بقدر الإمكان. وهي قاعدة تتأسس على الحديث المشار إليه «لا ضرر ولا ضرار».

وفيما يتعلق بدفع الضرر فإنه قد يكون قبل وقوعه، وقد يكون بعد وقوعه، وذلك بإزالته ولكن ليس بضرر مثله، وهكذا يمكن في الشريعة الغراء دفع الضرر الواقع حالاً ودفع الضرر المتوقع مآلا، وذلك بقدر الإمكان.

ـ فإذا كان الضرر حالاًّ، أي وقع فعلاً، فإنه يجب دفع هذا الضرر بقدر الإمكان، أي إزالتـه، وقـد تكون إزالته بإزالة الأسباب التي أفضت إلى وجوده، أو كانت أساساً لحدوثه، فإذا أزيلت هذه الأسباب، فقد تأكد عدم استمرار الضرر بعد ذلـك، وربما تكون إزالة الأسباب المؤدية إلى الضرر غير كافية لإزالته، إذا كان الضرر قد تحقق فعلاً، وعندئذ يحق لمن أُضير، أن يطلب من القاضي، أن يحكم له بالتعويض أو الضمان، على من انعقدت مسئوليته عن الضرر، سواء كان مباشراً له، أو متسبباً فيه وثبت تعديه، فتحقق وجوب التعويض في حقه انبثاقا من الحديث الشريف «لا ضرر ولا ضرار»[١٢٤] يستوي في هذا الصدد، أن يكون قصد الشخص قد انصرف إلى الأضرار بغيره تمحُّضًا، أو كان لا يهدف إلى الاضرار به، ومع ذلك ألحق الضرر بغيره.[١٢٥]

ـ وإذا كان الضرر متوقعا مآلا، فإنه يلزم دفعه كذلك، ويكون الضرر متوقعا مآلا،

(١٢٤) انظر الأم للإمام الشافعي (رواية الربيع سلميان المرادي عنه) ط١ مصر ١٣٢١هـ ص ٢٢٢ والموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، شرح عبدالله درار، مطبعة الشرق الأدنى مصر ج ٢ ص ٣٤٨ وما بعدها.

(١٢٥) ابن رجب، جامع العلوم والحكم (لزين الدين أبي الفرج عبدالرحمن شهاب الدين بن حمد بن رجب الحنبلي البغدادي ط ٢، الحلبي ١٣٦٩هـ ص ٢٦٧ وما بعدها.

إذا لم يكن قد وقع بعد، ولكن كافة الظروف والملابسات المحيطة تشير إلى أنه سيقع حتما، فإذا كان الضرر سيقع حتما فإن دفعه يكون حقا، لمن سيحل به ذلك الضرر، ويدفع الضرر في هذه الحالة أيضا بقدر الإمكان، ولعل هذا هو أحد جوانب تبرير الدفاع المشروع.

ودفع الضرر المتوقع مآلا، ليس أمرا مسلما به فقها، فقط، بل إنه يصلح سندا لقيام مبادىء أصولية عليه، مثل سد الذرائع؛ ذلك أن مبدأ سد الذرائع، مبدأً مستقر من الناحية الفقهية، وتوسع في تطبيقه فقه الحنابلة والمالكية، تأسيساً على ضرورة دفع الضرر، وتحقيقاً لمبدأ المصالح الذي قامت عليه الشريعة الغراء[١٢٦]، فالمصلحة تقف من وراء فكرة دفع الضرر، واقعا كان أم متوقعاً، طالما كان الضرر محتم الوقوع، وفقاً للمجرى العادي للأمور، فالأمر يقاس إذن بمعيار إسلامي موضوعي لا شخصي.

وعلى ذلك فإن الضرر إذا كان سيقع، فإن وقوعه يكون ضد المصلحة، أي أنه يعتبر مفسدة، ويلزم منعها، فالذريعة إذا كانت مفسدة يلزم سدها،[١٢٧] ومثال ذلك من يحفر بئرا في السبيل التي يسلكها المسلمون، فإن هذا الفعل منه، يعتبر وسيلة لإهلاك المسلمين، وكمن يلقي السم في طعام الناس، فإن هذا العمل يضرُّ بهم لا محالة، وإن الذرائع ها هنا مفاسد، وتفضي لا محالة إلى مفاسد، ولذا يلزم سد هذه الذرائع.[١٢٨] ومثال ذلك أيضا ما يحدث الآن من قيام غير المتخصصين في الشريعة

---

(١٢٦) يقول شيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله في مجموع فتاواه ج٣٠ ط بدون تاريخ «ومعلوم أن الشريعة جاءت بتحصيل المصالح وتكميلها، وتعطيل المفاسد وتقليلها..» وانظر «يوسف العالم، الأهداف العامة للتشريع الإسلامي، رسالة الأزهر، لم تطبع ص ٣٠ وما بعدها؛ د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية دمشق ١٣٨٦هـ ص٢٧٦؛ علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية، مكتبةالوحدة بالرباط ص ٢٠ وما بعدها؛ د. مصطفى زيد، المصلحة في التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي ط٢ ص٦٠ وما بعدها؛ عبدالوهاب خلاف مصادر التشريع مرنه... مجلة القانون والاقتصاد ص ١٥ مستخرج ص٩ وما بعدها.

(١٢٧) محمد شتا أبوسعد، مستقبل التشريع الإسلامي ج٣ مرجع سابق ص٧.

(١٢٨) فتحي الدريني، المرجع السابق ص ٣٥٢.

الغراء، بفتح أبواب جدل محسوم، فهذا يوقع الضرر حتما بجموع المسلمين وليس بآحادهم فقط، فالقاعدة إذن أن كل توسل بمصلحة أو بها دونها مما يفضي إلى مفسدة، يعد ذريعة يلزم سدها، لأن الضرر يجب أن يدفع، بقدر الإمكان.

٣ ـ وهكذا جعل الفقه الإسلامي رفع الضرر، واجبا، بقدر الإمكان، بمعنى أنه كلما كان رفع الضرر ممكناً، وجب رفع هذا الضرر، دون قياس ذلك بشخص معين، وإنما يرتبط الأمر بإطلاق الإمكان، فلا شك أنه إذا كان الضرر واقعاً، أو على وشك أن يقع حالاً، على شخص ما، وتوافرت له شروط الدفاع الشرعي[١٢٩]، أمكن له أن يدفع الضرر عن نفسه، كلما كان ذلك ممكناً، ودون تجاوز لحدود الحق، وعندئذ لا تنعقد مسئوليته، اي لا تنشغل ذمته بأي تعويض. وإذا كان الضرر قد وقع فعلاً، فإنه لا يجوز لإنسان أن يقيم العدالة لنفسه، وإنما عليه أن يتداعى أمام القضاء ليحكم على المباشر أو المتسبب بالضمان، أي التعويض، إذا توافرت عناصر الضمان قِبَله، فالضرر لا يزال بمثله.

٤ ـ ولما كانت الشريعة الغراء تحمي مصالح العباد المتعلقة بدينهم ودنياهم، وتنص في قواعدها الكلية على دفع الضرر بقدر الإمكان، امتثالاً لقوله صلى الله عليه وسلم «لا ضرر ولا ضرار»، فإنها أكدت أيضاً ضرورة إزالة الضرر ولكن ليس بضررٍ مثله، إذ الضرر لا يزال. بمثله؛ فالشريعة رحمة وعدل، ومن عدلها انها جعلت الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، سواء تعلق الأمر بتعارض فيما بين الحقوق الخاصة، أو بتعارض بين الحق الفردي والمصلحة العامة، حيث يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام ويختار أهون الشرين.[١٣٠].

ويلاحظ في هذا الصدد أن معيار دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف هو معيار

---

(١٢٩) يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ١٣٩٩هـ بند ١٥٨ ص ٥٥.

(١٣٠) انظر المادتين ٢٦، ٢٩ من مجلة الأحكام العدلية؛ د. صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج١ ط٢ (١٩٧٢م) ص ٢١٤.

مادي، أساسه أن من يرتجي نفعاً، من تصرفٍ، يقره الشرع ويأذن فيه، يجب عليه أن يضحي بهذا النفع، إذا كان سيترتب عليه ضرر أكبر، يحل به أو بغيره، فهذا المعيار لا يعتد بالبواعث الخاصة، فهو كما تقدم ليس معياراً ذاتيا وإنما هو معيار مادي، بحت، يوازن القاضي في ضوئه، بين حَجْمَيْ ومقدارَيِ الضرر، ويضحي بالضرر الأشد عن طريق دفعه بالضرر الأخف وعلى ذلك، فانه إذا كان الضرر أخف إذا ما قيس بالنفع، فإنه لا يجوز منع الشخص من التصرف، وكذلك الحال عند تماثل الضرر اللازم مع النفع، لأن الضرر لا يزال بمثله، أما إذا كان الضرر اللازم أشد، تعين دفع هذا الضرر وذلك بمنع المتصرف، حتى وإن ترتب على هذا المنع ضرر، لأنه في هذه الحالة يكون أخف.[١٣١]

ولذا فإنه لاصق لأحد في الحصول على منفعة، من جراء فعل، إذا كان هذا الفعل يجرُّ ضرراً أكبر من هذه المنفعة للشخص ذاته، أو لأحد آخر سواه، ولهذا أمر النبي صلى الله عليه وسلم بقلع نخلة سمرة[١٣٢] من بستان جاره، لأن بقاءها أشد ضرراً من قلعها، وهذا مثال واضح لحسم التعارض بين حقين خاصين[١٣٣]

وكمثال لحسم التعارض بين ضرر خاص وضرر عام بمقتضي قاعدة تحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، فإن مصلحة المسلمين ككل، أولى من مصلحة الأفراد كأفراد، لذا يجب الحيلولة دون المغالاة في الأسعار، في حالة واحدة هي حالة ما إذا كانت هذه المغالاة تخفي احتكاراً لقوت المسلمين، كما يلزم الحجر على الطبيب الجاهل والمكاري المفلس صيانة للمصلحة العامة ودفعا للضرر العام عن الناس في أمور دينهم وفي أنفسهم وأموالهم، ومما تتحقق به هذه المصلحة العامة أيضاً منع تجار

---

(١٣١) فتحي الدريني، الرسالة السابقة، ص ٤٥٩.

(١٣٢) يقول ابن القيم في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، مطبعة السنة المحمدية ١٣٧٢هـ مصر ص ٢٦٤ «فضرر صاحب الأرض ببَقَائها في بستانه أعظم، فإن الشارع الحكيم يدفع أعظم الضررين بأيسرهما، فهذا هو الفقه والقياس والمصلحة، وإن أباه من أباه».

(١٣٣) انظر أمثلة أخرى في مقدمات ابن رشد على المدونة الكبرى للإمام مالك مصر ١٣٢٤هـ (المطبعة الخيرية) ج٤ ص ١٠.

الأسلحة من بيعها في أوقات الفتن، وإلزام صاحب الحائط المائل بهدمه، وإلا فإنه يضمن ما يترتب من أضرار على سقوطه من ضرر.[١٣٤]

فالقاعدة على ما ورد في الأشباه والنظائر للسيوطي الشافعي، «أن الضرر يزال، ولكن لا بضرر، لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق أن (الضرر يزال)»[١٣٥] ومن فروع هذه القاعدة، عند الشافعي أن العمارة لا تجب على الشريك (في الجديد)، وأنه لا يجوز إجبار الجار على وضع الجذوع، وأن المضطر لا يجوز له أن يأكل طعام مضطر آخر، ولو وقع دينار في محبرة، واستحال اخراجه إلا بكسرها فانها تكسر ويلزم صاحب الدينار بالأرش، إلا إذا كان وقوع الدينار في المحبرة بفعل صاحب المحبرة فلا شيء في هذه الحالة.

ويلاحظ الفقه أن تطبيق هذه القاعدة، يحقق غاية اجتماعية كبرى، لم يكن من الممكن تحققها بدونها، وتتمثل هذه الغاية، في أنه كلما لحق الغير ضررٌ، أياً كان هذا الضررُ، من جراء استعمالِ صاحبِ الحقِّ حقَّهُ، وكان هذا الضررُ مساوياً للضرر الناتج من حرمان صاحب الحق من ممارسة حقه. فإنه لا يجوز حرمان صاحب الحق من ممارسة حقه.[١٣٦]

ويلاحظ كذلك أنه لا يجوز، في فقه الشريعة الغراء، أن يقابل المتضرر الضرر بمثله تشفياً أو انتقاماً، بل يلزمه مراجعة الحاكم، وطلب إعمال قواعد الضمان، وإزالة ما لحقه من ضرر، وفي هذا المعنى تقول مجلة الأحكام العدلية «ليس للمظلوم أن يظلم آخر بما أنه ظُلم» فلو أتلف شخص مال آخر، لا فلا يجوز لهذا الأخير أن يتلف مال الأول، ومن أخذ من غيره دراهم زائفة فليس له، شرعا، أن يصرفها إلى أحد غيره، وللقاعدة مجال إعمالٍ أيضا في حالات غصب حيازة الآخرين أو الاعتداء عليها.[١٣٧]

---

(١٣٤) د. فتحي الدريني، المرجع السابق ص ٤٦٢.

(١٣٥) الاشباه والنظائر للسيوطي، مرجع سابق ص ٩٥، ٩٦.

(١٣٦) شوقي السيد، المرجع السابق بند ٢٥٧ ص ٢٥٦.

(١٣٧) محمد شتا أبوسعد، منازعات الحيازة، مجلة القضاة ١٩٨٤م ص ١٤، وانظر اقتراحنا بتطبيق نصوص إسلامية ص ١٣٠ وما بعدها، وقد أخذ المنظم سنة ١٩٨٨/١٩٨٩م باقتراحاتنا عدا أنه لم يورد العقوبات التعزيزية ==

٤ ـ ويتأكد مضمون قاعدة أن الضرر أساس الضمان أو المسئولية في فقه الشريعة الغراء من خلال قواعد شرعية أساسية منها:

أ ـ أنه «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وهذا نص حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم رواه الإمام أحمد في مسنده، وإعمالاً له فإنه يتعين: أولاً: على من قبض دينا غير مستحق أن يرده إلى الموفي، الذي قام بالوفاء معتقداً على خلاف الحقيقة أنه مدين به.

ثانياً: على ملتقط اللقطة أن يحافظ عليها، وهو لذلك مسئول عنها، فإن لم يظهر لها صاحب في المواعيد الشرعية تصدق بها.

ثالثاً: على المتصالح على بدل، أن يرده إلى صاحبه إذا ثبت أنه لم يكن له حق فيه.

رابعاً: على من مضي زمن طويل والدين في ذمته أو الحق في يده، أن يعي أن مضي الزمن وإن كان مانعا من سماع الدعوى إلا أنه ليس مانعاً من إعادة الحق إلى ذويه عن رضاً واختيار، فعن الحسن عن سمرة عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» رواه الخمسة إلا النسائي. ويقول الشوكاني في شرح هذا الحديث،(١٣٨)، إن فيه دليلا على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره، بإعارة أو إجارة أو غيرهما إلى مالكه، وبذا استدل من قال أن الوديع والمستعير ضامنان.

ب ـ أنه «من كسر شيئا فهو له وعليه مثله»: وهذا نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم، في الرواية التي ذكرها ابن أبي حاتم، وقد ورد في فتح الباري بشرح صحيح البخاري،(١٣٩)، في باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره «... عن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان عند بعض نسائه، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة طعام،

= كالجلد والتأديب، وهذا لأنه لم يطبق الشريعة بعد، وكنا قد درّسنا البحث والاقتراحات بالمركز القومي للدراسات القضائية لرجال النيابة العامة والقضاء العسكري وقضاة السودان بالمركز بمصر.

(١٣٨) نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ط١، المطبعة العثمانية صفر ١٣٥٧هـ ص ٢٩٨، ٢٩٩.

(١٣٩) فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٥، المطبعة البهية المصرية ١٣٤٨هـ ص ٤٤ـ٩٥

فضربت بيدهـا فكسرت القصعة، فضمها وجعل فيها الطعام، وقال: كلوا. وحبس الرسـول القصعة حتى فرغوا، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة».

ولكن يلاحظ أن منـاط إعمال ذلك ألا يكون الإتلاف بحق، كما لو أتلف مسلم خمر المسلم، أو إذا كان الإتلاف بأمر المالك، أو بسبب حالة ضرورة لمخمصة دفعت شخصاً إلى أكل مال غيره، أو إذا صار الضمان غير ذي جدوى أو غير ذي فائدة كإتلاف المسلمين أموال البُغَاة.

جـ ـ إذا كان ما خرج من الشيء في مقابل ضمانه إذ «الخَراجُ بالضَّمان»:
قاعدة «الخراج بالضمان» هي نص حديث نبوي معناه أن استحقاق الخراج، أي ما يخرج من الشيء أو يتولد عنه، سببه التحمل بالضمان، أي تحمل ما يعرف بتبعة الهلاك، فمن يتحمل الخسارة يستحق غلة الشيء مقابل تحمله تلك الخسارة.[١٤٠]

ويرجع سبب الحديث إلى واقعة مؤداها: أن شخصا اشتري غلاما، ثم استغله زمـانـا، فوجد فيه عيبا قديما، فخاصم البائع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم (فقضى برده إلى البائع. فقال هذا: يارسول الله: إنه قد استغل غلامي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الخراج بالضمان).[١٤١] وهذه القاعدة تتعلق، من حيث الأصل بالعقود، وإن كان يمكن الإفادة من حكمها في هذا المجال، أخذ العموم النص لا بخصوص السبب ما أمكن ذلك.

ثانيا: إن الضرر يتحقق من خلال المباشرة بإطلاق أو التسبب مع التعمد:
فالمباشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمدا، وعليه فإنه إذا كان الضرر هو أساس الضمان أو المسئولية، فإنه لا ضرر، وبالتالي لا ضمان، ولا مسئولية، إلا إذا كان هناك مباشر أو متسبب متعمد.

أ ـ فالمبـاشر ضامن وإن لم يتعد أو يتعمد: والمباشر هو الذي أحدث الضرر

(١٤٠) الشيخ مصطفى احمد الزرقا، المرجع السابق، المجلد الثاني ١٣٧٩هـ دمشق بند ٦٤٩ ص ١٠٩.

(١٤١) القرطبي، أقضية رسول الله: في البيوع، عن المرجع السابق.

بالمضرور، وكان الضرر نتيجة مباشرة لفعله، فلم يتوسط بين الفعل وبين الضرر أي فعل آخر. فالضرر المباشر إذن هو ما يكون نتيجة اتصال آلة التلف بمحل ذلك التلف.[١٤٢]

ويتحقق هذا المعنى في كل من يأتي عملاً لاحق له فيه، ولا أذن له الشرع به، وارتبط الضرر بهذا العمل ارتباط معلولٍ بعلة، فمن يقطع شجرا في ملك غيره، بغير حق، فهو مباشر، ومن يهدم دار غيره، تعديا، فهو مباشر[١٤٣]، ومن يحفر حفرة في الطريق العام فهو مباشر، ولكن إذا حفر إنسان بئرا في ملكه هو، فوقع فيه انسان لم يضمن.[١٤٤]

ومعنى ما تقدم، أن المباشر، أي من استجمع في عمله حقيقة المباشرة يضمن، طالما كان الضرر نتيجة مباشرة لفعله، ولذا فإن الصبي غير المميز ـ مَنْ دون السابعة ـ إذا أتلف شيئا ضمنه، والنائم إذا أتلف شيئا ضمنه، يستوي أن يكون إتلافه إياه، قد حدث نتيجة انقلابه عليه، أو إفلاته من يده التي كانت مطبقة عليه قبل النوم فسقط وتهشم، أو نتيجة ضربه إياه بيده. والمجنون إذا أتلف مالا ضمن، لأنه «لا ضرر ولا ضرار»، فمقتضي هذا الحديث النبوي، أن الضرر يرتبط لا بالتكليف وإنما بإعمال مقتضي خطاب الوضيع، الذي يستلزم ترتيب المسبَّب على سببه بصرف النظر عن توافر أو عدم توافر أهلية التكليف، طالما تعلق الأمر بمباشرة، لأن المباشرة علة ولا يبطل حكمها بعذر، وذلك بخلاف التَّسَبُّب الذي ليس بعلةٍ، والذي لا بد أن يستجمع شرط التعدي ليندرج في إطار العلة. فالمباشر، إذن، ضامن، وإن لم يتعدَّ.

والمباشر ضامن كذلك، وإن لم يتعمد، فغير المجنون، والشخص المميز، أو البالغ سن الرشد، والمتيقظ غير النائم، إذا ترتب على فعله ضرر، سواء انصرفت إرادته إلى إحداث الضرر، أو لم تنصرف إرادتُه إلى إحداثه، وسواء انصرفت إرادته إلى الفعل والنتيجة، أو انصرفت إرادته إلى الفعل دون النتيجة، لأن الفقه الإسلامي، لا

---

(١٤٢) أنظر الشيخ علي الخفيف، الضمان، المرجع السابق (ج ١) ص ١٧٤.

(١٤٣) صبحي المحمصاني، المرجع السابق ص ١٧٥.

(١٤٤) مجمع الضمانات لأبي محمد بن غانم البغدادي، المطبعة الخيرية، القاهرة ١٣٠٨هـ ص ١٤١.

يشترط في الضرر الموجب للضمان أو المسئولية أو التعويض، أن يكون ناشئا، بالضرورة، عن اعتداء، وإنما يكفي مجرد الضرر، ليتحقق الضمان بإطلاق، وتنعقد المسئولية بعموم، فمن اتلف مالا ظن انه ماله واتضح أنه مال غيره يضمن، ومن أتلفه بخطأ أو نسيان منه يضمن، بل إن مجرد تحقق الضرر ممن لم يصدر منه أيّ فعل قد يكون أساسا للضمان، كالتلف الذي يلحق مالا تحت يد ضمان، بفعل لا علاقة لصاحب يد الضمان به وسبب ذلك كما يقول بعض الفقهاء أن «الشريعة تجعل الضررَ علةً وسبباً للتضمين فإذا وجدت العلةُ وُجد المعلول». [١٤٥]

ولكن المتسبب لا يضمن إلا بالتعمد:

التسبب وحده لا يكفي للضمان، وإنما يجب أن يكون مقروناً بالتعمد، فمسئولية المتسبب في الضرر لا تنعقد، إلا إذا تعمد ارتكاب فعل مفضٍ إلى الحاق الضرر بالغير دون وجه حق، فإذا حفر شخص بئرا ـ أو حفرة ـ في الطريق العام، دون إذن وليِّ الأمر، فترددت فيه دابة مملوكة لآخر، فإنه يضمن تلفها. أما إذا كانت الدابة قد وقعت في بئر حفرها في ملكه، فإنه لا يضمن تلفها، كذلك الحال، فيما «لو وضع أحد على الطريق العام الحجارة وأدوات العمارة، وعثر بها حيوانُ آخَرَ، وتلف، يضمن، كذلك لو صب أحد على الطريق العام شيئا يزلق به كالدهن، وزلق به حيوان، وتلف، يضمن». [١٤٦]

ولما كان التسبب لا يصبح علَّةً إلا إذا انطوي على التعمد مطلقاً، أو تعمد التعدي، فإن المتسبب يضمن حال التعمد أو حال التعدي، أما إذا انتفي التعدي فلا ضمان، ولذا فلا ضمان على الراعي إذا لم يكن متعديا، أما إن نام عن السائمة أو غفل عنها، أو تركها تتباعد عنه فإنه يكون متعديا ويضمن.

وعلى ذلك فإنه لا مسئولية أو ضمان في حالات التسبب كلما انتفي التعدي حتى وإن وُجد التعمد، فلا ضمان رغم التعدي، إذا كان التعدي مستندا إلى الجواز

---

(١٤٥) الشيخ على الخفيف، المرجع السابق ص ٦٨.

(١٤٦) المادة ٩٢٧ من مجلة الأحكام العدلية؛ جامع الفصولين ط أولي ج ٢ ص ١٢٢؛ د. صبحي المحمصاني، السابق ج١ ص ١٧٥، السرخسي، المبسوط ط ١ ج ٢٧ ص ٦.

الشرعي، فالجواز الشرعي ينافي الضمان، ولذا فإن الضرر الناجم عن القيام بعمل أو عن استعمال حق، لا يوجب التعويض أو الضمان، إلا في حالات استثنائية. كذلك لا ضمان رغم التعدي إذا كان التعدي مستنداً إلى إذنٍ، فقد يقبل المعتدي عليه إتلاف ماله، ولم ينجم عن ذلك ضررٌ لعموم المسلمين، وقد يقبل شخص بتر عضو من جسمه عند إجراء عملية جراحية له، قبولاً صريحا مسبقاً، وعندئذ لا ضمان. كما أن حالة الضرورة هي أساس شرعي لنفي الضمان، ولكن الضرورة تقدر بقدرها.[١٤٧]

ويلاحظ في هذا الصدد أمور:

أولها : أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب فإن الحكم يضاف إلى المباشر لا إلى المتسبب، إنما يلاحظ أن هناك حالات استثنائية لا يضاف الحكم فيها إلى المباشر لترتب الضرر على فعل شخص آخر، قام فعله بالفصل بين فعل المباشر وبين التلف، على نحو يحول دون نسبته إليه وهو ما يعرف لدي مطبقي الأنظمة الوضعية بانقطاع رابطة السببية، وهو اصطلاح يمكن قبوله، لأنه يؤدي معنىً صحيحا، ولا مشاحة في الاصطلاحات، وقد سبق التعرض لحكم التعدد في التمهيد لهذا المبحث.

ثانيها: ان الفقه الإسلامي يقر فكرة ضمان فعل الغير وفعل الشيء والحيوان:

وإذا كان ضمان الضرر الناجم عن الشيء، كسقوط منزل كان آيلا للسقوط وإحداثه ضرراً بالغير. والضرر الناجم عن فعل الحيوان لا يثير جدلا، على ما سنشير إليه، وسبقت به الشريعة الغراء كافة الأنظمة الوضعية التي لا تزال تبحث عن أساس لذلك، فإن بعض الفقهاء المحدثين التبس عليه الأمر فتصور أن الفقه الإسلامي لا يجيز فكرة المسئولية عن فعل ا لغير وهذا تضييق لا سند له.

ففي ثنايا نقده لنظرية تحمل التبعة يقول الشيخ علي الخفيف رحمه الله «ونظرية تحمل التبعة . . . لا تقوم أيضاً على أساس من المنطق سليم، . . . ذلك بأنها تقوم

---

(١٤٧) انظر وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مؤسسة الرسالة، بيروت ط ٣ (١٤٠٣هـ) ص ١٩٩.

على أن المتبوع وقد انتفع بنشاط تابعه . . . فعليه أن يتحمل تبعة هذا النشاط، وما قد يجر إليه من ضرر، والغنم بالغرم، غير أن هذا الربح وقد تولد من مال للمتبوع، وعمل قام به التابع، وأخذ عليه أجره، إنما هو مستحق للمتبوع بما دفعه من أجر، بمقتضى عقد استئجاره. التابع ثمرة لملكه، وثمرة الملك لمالكه، وإلزامه بعد ذلك بتعويض ما يحدث عن طريق العمل، في ذلك المال من ضرر، لا يد له فيه، ليس له سبب سليم يؤسس عليه»[١٤٨].

ولنا أن هذا القول يصدق تماما لو كانت الأمور تقف عند حد مسئولية المتبوع عن عمل التابع بإطلاق، ولكن الحقيقة أن المتبوع يرجع بما أداه عن التابع على هذا التابع، كما أن الضمان أو المسئولية منُوطةٌ بشروط كثيرة منها أن يكون الضرر قد وقع أثناء أو بسبب تأدية العمل أو بمناسبة الوظيفة، وهذا يحقق مصالح كثيرة للناس في حياتهم المعاصرة، حيث تعوض الدولة من أضيروا بسبب أخطاء موظفيها أثناء أو بسبب أعمالهم، ولو تركتهم الدولة ليطلبوا التعويض منهم فربما لا يتحصل المضرور على تعويض لإعسار الموظف مثلاً، وهنا يؤدي هذا النوع من الضمان فوائد كثيرة للمضرور أو ورثته، وإذا كان هذا يحقق المصلحة فإنه يصبح أمراً لا بأس به، ولكن الأمر ـ رغم ذلك ـ يحتاج لدراسات موسعة.

وأما فيما يتعلق بضمان فعل الحيوان، فإن الأصل فيه، وما ينشأ عنه من ضرر، أن يكون جُبَاراً، أي هدراً لا ضمان معه ولا مسئولية بسببه، لأن الحيوان ليست له ذمة، وليس له إدراك، ويؤخذ هذا من قوله صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبوهريرة ومسلم «العَجْمَاءُ جَرْحُها جُبَارٌ».

فإذا لم يكن للدابة مالك فجرحها جبار، وإذا كان للدابة مالك ولكنه لم يتعد تقصيراً أو اهمالاً فإن جرحها جبار، وينتفي التعدي إذا كان الضرر لم يقع في ملك الغير ولا في الطريق العام، وإنما في ملك صاحب الحيوان ذاته، ووقع بيدي أو رجلي أو ذيل الدابة، أو حدث الضرر من الدابة في ملك الغير ولكن بعد أن استأذنَ

---

(١٤٨) قال بذلك الشيخ علي الخفيف، في مؤلفه السابق ص ٦٠.

حائزُها، مالك المكان في دخولها، فأحدثت الضرر بالأعضاء المتقدمة، أو إذا وضع شخص دابته في مكان له حق ربطها فيه بالاشتراك مع غيره، فأتلفت دابته دابة غيره.

وعلى العكس مما تقدم فإن مالك الحيوان إذا قصد أو تعمد الإيذاء فإنه يكون مسئولا ويضمن، كما لو أغري إنسانٌ كلبه ليعض إنساناً أو حيواناً فعقره،(١٤٩) أو أرسل بهيمةً فأتلفت فور الإرسال شيئاً.(١٥٠)

كذلك فإنه إذا كان الإنسانُ بمثابة المباشر فإنه يضمن، فلو داست الدابةُ شيئاً لأحد فأتلفته، ضمن الراكب باعتباره مباشراً، حتى وإن لم يكن متعمداً.

ولما كان النبي صلى الله عليه وسلم قد قضى في جناية البهائم في حال دون حال، فقد بحث الفقهاء ذلك،(١٥١) وقسموا جناية البهائم إلى قسمين:

أولها: جنايتها في المزارع والبساتين.
وثانيها: جنايتها في غير المزارع والبساتين.

١ ـ ففيما يتعلق بجناية البهائم في المزارع والبساتين: فإن البهائم بالنسبة لها قد يمكن التحرز عنها وقد لا يمكن ذلك، فجناية البهائم التي يمكن التحرز عنها، في المزارع والبساتين، يقصد بها أي فعل، يصدر عن المواشي والدواب، يفضي إلى إفساد بالمزارع أو البساتين كالتلف وما عداه، ويقول جمهور الفقهاء إن أصحاب البهائم يضمنون ما تفسده المواشي ليلاً في المزارع والبساتين في حالتين:
أولاهما: إذا كانت تلك المواشي قد أرسلت، للرعي.
والثانية: إذا كانت المواشي قد انفلتت ليلاً بدون تقصير أصحابها. ولا ضمان على أصحابها فيما أفسدته بالنهار، إذا كانت بلا راع، فإن كان لها راع، حتى وإن كان صبيا، فإن مالكها يضمن، ولا ضمان إن كانت قد سرحت بعيداً عن

---

(١٤٩) صبحي المحمصاني، السابق ص ٢٣٩.

(١٥٠) جامع الفصولين، المرجع السابق ص ١١٨.

(١٥١) من الباحثين المحدثين انظر بوجه خاص د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه من الأزهر (١٩٧٥م) ١٣٩٥هـ ج ٢ ص ٣٧٢.

المزارع والبساتين، إلى حد يغلب معه على الظن، أنها لن تصل إليها، أما إذا سرحها صاحبها قرب المزارع والبساتين فعليه ضمان ما أفسدته.(١٥٢)

إنما يلاحظ أن البهيمة إذا كانت معروفة بالعداء، وأفسدت مال الغير، فإن صاحبها يكون ضامنا، سواء حدث الإتلاف ليلاً أو نهاراً، شريطة ألا يكون قد حفظها على نحو يحول، عادة، دون تسربها، أو سلمها إلى راع غير قادر على حفظها.

والسند الشرعي للضمان، في الحالات التي يلزم فيها الضمان، هو:

أولاً: دلالة قوله تعالى:

﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ ۝٧٨ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾

[الأنبياء ٧٨ وجزء من ٧٩].

فالنفش رعي الليل، وقد قضى سليمان عليه السلام، بدفع الغنم لأصحاب الحرث ينتفعون بها، ويدفع الحرث لأصحاب الغنم ليقوموا بعمارته حتى يعود لما كان. وعندئذ يرد كل واحدٍ مال الآخر لصاحبه.

ثانياً: ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، عندما دخلت ناقة البراء بن عازب حائط رجل فأفسدت فيه، من أنه قضى: «أن على أهل الحوائط حفظها بالنهار وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضامن على أهلها» أي مضمون عليهم. ولا يخالف هذا الحديثُ، الذي قال فيه ابن العربي أنه صحيح لا كلام فيه،(١٥٣) حديث «العجماء جرحها جبار» لأن هذا الحديث الأخير عام، أما الحديث المتعلق بناقة البراء، فهو خاص، «والعام ينبني على الخاص ويُردُّ إليه».(١٥٤) وحكمة ضمان صاحب الماشية، ما تفسده الماشية بالليل دون النهار، أن النهار معاشٌ، وأربابُ المزارع يحرسونها نهاراً، فإذا ماجنَّ الليلُ، كان الواجبُ على أصحاب الماشية حفظها ليلاً، وهذا بَدَهِيٌّ،

---

(١٥٢) المرجع السابق ص ٣٧٢ وما بعدها والشيخ علي الخفيف، السابق ص ٢٤١ وما بعدها.

(١٥٣) أحكام القرآن لأبي بكر محمد بن عبدالله المعروف بابن العربي) ط ١ (١٣٧٦هـ) ج٢ ص ٢٥٥.

(١٥٤) انظر كتابنا مستقبل التشريع الإسلامي ج٣ ص٦٤ وما بعدها والمراجع المشار إليها.

فأصحاب المواشي مضطرون إلى إرسال مواشيهم للرعي بالنهار، ويشقُّ عليهم حفظها وقت حاجتهـا للرعي، ويكون من المناسب قيام أصحاب المزارع بحفظ مزارعهم نهاراً، لا سيما وأن العـادة تقضي بأنهم يتواجدون في هذه المزراع نهاراً، ولكن «ولو اضـطربت العـادة في بعض البلاد، فكان بعضهم يرسلها ليلاً، وبعضهم يرسلها نهاراً، فالظاهر - فيما يقرره ابنُ حَجَرٍ - أنه يُقضي بما دل عليه الحديث»[١٥٥].

ثالثاً: المعقول: ذلك أن ترك صاحب الماشية ماشيتهُ ليلاً يدل على تفريط في حفظها، كما أن صاحب الزرع لا يمكنه التحفظ على زرعه ليلاً.

ولكن الضـمان منوط بكون المزارع مما تتداخل مع المراعي، وهي ما ورد بشأنها حديث ناقـة البـراء، أما إن كانت المزارع للزارع وحده وليست مسرحا، فإن على أصحاب الماشية حفظها عنها ليلاً ونهاراً بحيث لا تخرج بدون سائقين، كذلك فإنه إذا كان المكان مكان سرح ليلاً ونهاراً، وقام شخص بالزراعة فيه دون إذن الإمام، فإنه وحده يكون مسئولاً عن حفظ مازرع، ولا ضمان على ما تتلفه الماشية فيه، وكل ذلك باستثناء بعض الآراء للأحناف والليث وعطاء وعمر بن الخطاب.[١٥٦]

٢ - وفيما يتعلق بجناية البهائم في غير المزارع والبساتين: فإنه من المستقر عليه:

أولاً: أنـه إذا أتلفت البهيمـة شيئاً ليلاً أو نهاراً ولم تكن لصاحبها يد عليها، فجمهور فقهاء المسلمين على أنه لا ضمان على مالكها، استناداً إلى قوله صلى الله عليه وسلم: «العجماء جرحها جبار».

ثانياً: إذا أتلفت البهيمة شيئاً في غير الزرع وكان معها راكب أو سائق أو قائد فإن جمهور الفقهاء على أن هؤلاء يضمنون ما أصابت الدابة أو ما أحدثت من تلف وإن كانوا قد اختلفوا في بعض الجزئيات غير المؤثرة، وسند هؤلاء ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قضي بالدية على من أجري فرسه، فوطئت آخر، أيْ مشت عليه، فالحكم أولى بالنسبة لمن يمسك بزمام دابة. كما أحتج البعض

---

(١٥٥) فتح الباري، السابق، ج ١٢ ص ٢٢٩.

(١٥٦) في تفصيلات ذلك، د. سليمان محمد أحمد، الرسالة المذكورة ص ٤٠١ وما بعدها.

بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم «الرِّجْلُ جُبارٌ»[١٥٧]. فإذا كان لا ضمان على فعل رجل الدابة، فالضمان فيما عداها واجب. مع ملاحظة ما سبق من أن الرجل جبار إذا لم يحدث تقصير أو اهمال، وفعلت الدابة ذلك بنفسها، دون أن يدفعها إليه أحد، ولم يفرط حائزها في حفظها ولم يوقفها في طرق المسلمين وأسواقهم على ما تقدم بيانه، فالمسئولية التقصيرية كجزء من المسئولية المدنية وكمقابل لجانب من الضمان معروفة إذن في الفقه الإسلامي بشكل دقيق.

---

(١٥٧) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق ص ٢٤٣؛ ود. سليمان محمد أحمد، الرسالة السابقة ص ٤٢٠ - ٤٢١.

الخلاصـــــــة

وعلى ما تقدم فإن المسئولية المدنية، لها مجال إعمال في فقه الشريعة الغراء بحسبانها جانبا من فكرة الضمان وأساسها في ضوء الأدلة الشرعية المتقدمة:

ـ أن الضرر الذي يحدث من الشخص، أو ممن هو مسئول عنه، أو تابع له، أو من الشيء المملوك له، أو الذي يحرسه، أو الحيوان الذي في حيازته، هو مناط التعويض وفقا للقواعد المقررة شرعا، مع احتفاظ المتبوع بحقه في الرجوع على التابع، كذلك فإن الاخلال بالعقد يوجب التعويض.

ـ كما أن فكرة الضمان تتسم بالآتي:

١ ـ إنها أوسع نطاقاً من نظرية المسئولية التقصيرية والعقدية أي المسئولية المدنية المعروفة وضعاً.

٢ ـ إنه ليس فيها ما يحول دون تخصيص جانب منها لكى يُعَالَجَ تحت عنوان المسئولية المدنية، طالما أن المسئولية اصطلاح إسلامي عقدي أصيل.

٣ ـ إنه ليس هناك ما يحولُ شرعاً، دون تخصيص جانب من نظرية الضمان، لتبدأ منه دراسات إسلامية متعمقة، لمعالجة فَرْعَي المسئولية المدنية، وهما المسئولية العقدية (أو اليد التي تطالب بالتعويض والاستحقاق)، والمسئولية التقصيرية (أو اليد التي أحدثت الضرر وتسأل عنه) مع ملاحظة مايلي:

١ ـ إن الضرر هو أساس الضمان في الفقه الإسلامي، بيد أن الضرر إن نجم عن فعل خاطيء أو عن تعد، فلا مانع من معالجة الأمر أيضا في النطاق الإسلامي، حتى يثري الواقع العملي في العالم الإسلامي بحلول تيسر نقل القضاة المتشبعين

بالنـزعـة الوضعية في كثير من الدول الإسلامية إلى رحاب الفقه الإسلامي، فالمسئولية الموضوعية في الشريعة الإسلامية تتسع أيضا لإعمال قواعد المسئولية الخطيئة في بعض الفروض بجانبها.

٢ ـ إن الضمان في حالة العقد، قد يكون ضمان عقد بالمعنى الأخص في الأنظمة الوضعية، أي مجرد الالتزام، وقد يكون ضمان ما نجم عن الاخلال بالعقد، حين يكون التعويض بصوره المتعددة هو الجابر للضرر المتولد عن العقد.

٣ ـ ان الجوائح في الشريعة الغراء، لا تنفي مسئولية الملتزم في حالة ما إذا كان هو المتسبب في عدم الوفاء، ولكن لا مسئولية إذا انتفي الضرر، أو انتفي الخطأ في حالة ما إذا كانت المسئولية في بعض الفروض تستلزم هذا الخطأ، أو لم تقم بينه وبين الضرر علاقة سببية، بحيث لم يكن من الممكن عزو الضرر الى الشخص المطالب بالتعويض أو الضمان.

وعلى ذلك فإن المسئولية المدنية في الفقه الإسلامي، هي الأثر الشرعي المترتب على إخلال الشخص بالتزام عقدي (أو التزام مبني على إرادة الملتزم وحده) أو بالتزام عام في الشريعة بعدم الإضرار بالغير، فإذا أحدث شخص ضرراً بآخر، من جراء مخالفته نصوص العقد أو اتيانه عملاً ضاراً أيا كان، فإنه يضمن أي يلتزم بالتعويض الشرعي، وكل ذلك لا ينفي وجود أصل إسلامي آخر حاصله أنه لا يجوز لأحد أن يثري بلا سبب شرعي على حساب غيره.

هذا وأسأل الله تعالى أن يسامحني عما أكون قد ترديت فيه من خطأ غير مقصود. فالكمال لله وحده وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

المقاصد والنيات

الدكتور/ محمد محمد شتا أبو سعد*

تمهيد :

الأصل في الشريعة الإسلامية، هو تحكيم مبدأ الرضائية في إبرام العقود، فالشريعة الإسلامية تقوم على (البساطة في التعامل، وعلى نية الطرفين في التعاقد)[1] فليس يلزم لابرام العقود اجراء طقوس معينة، وليس يلزم لانتقال الملكية مباشرة اجراء شكلي محدد، والاعتداد بالنية أمر يهيمن ليس فقط على العقود والتصرفات بل أن ذلك يشمل ممارسة الإنسان لعقيدته وعباداته وعاداته وهذا أمر يستحق الوقوف عنده، لأن للإسلام ذاتيته في اصول شريعته وهي ذاتية مستقلة لم تتأثر لا بفكر روماني ولا بفكر غير روماني، إذ القاعدة الرومانية العتيقة أن كل ما يتعلق بعبادات الإنسان وعاداته كان له طقوسه وشكلياته التي يفضي عدم مراعاتها إلى بطلانه[2]. فالايجاب والقبول إذن كافيان لابرام العقد[3] في الفقه الإسلامي، والشريعة ترتب آثار العقد بمجرد ابرامه دونما

---

* مستشار (قاضي) بمحكمة استئناف القاهرة ومستشار التأمينات الاجتماعية بالرياض استاذ سابق بجامعات الأزهر والقاهرة (بالقاهرة وبني سويف والخرطوم) وأم درمان الإسلامية ووهران بالجزائر والملك سعود بالرياض والمركز القومي للدراسات القضائية بمصر.

ساهم في سن القوانين الإسلامية في السودان وساهم في مناقشتها أمام مجلس الشعب القومي وشرحها في مؤلفات طبعتها جامعة القاهرة.

(١) د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط ١ الرياض ١٤٠٥هـ بند ١٦ ص ٢٣.

(٢) د. محمود السقا، تاريخ النظم القانونية، القاهرة ٨٩/١٩٩٠ ص ٨ وما بعدها، د. صوفي أبو طالب، مبادىء تاريخ القانون ١٩٦٤ ص ٥٠٨ وما بعدها، د. محمد شتا أبو سعد مستقبل التشريع الإسلامي - ١ - رد على د. زكي نجيب محمود ص ٥٠ وما بعدها، د. محمد أبو عافيه، التصرف المجرد، رسالة بالفرنسية ولها ترجمة بالعربية، من حقوق القاهرة ط ١ ص ٧، علي بدوي، مكانة الشريعة الإسلامية في الفقه الحديث، مجلة القانون والاقتصاد س ١ (مجلة حقوق القاهرة) ص ٧٣١.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الفقه الإسلامي ط ١ ج ١ ص ٣٧.

حاجة لشكل خاص[١].

ولكن لا يجب أن يقع في الروع أن الشريعة الغراء تهمل المصلحة المعتبرة، أو تحول دون اقرار كل ما يحقق غايات المتعاقدين طالما كانت هذه الغايات ذات صبغة شرعية، فالشريعة عدل كلها ورحمة كلها كما يقول ابن قيم الجوزية، ومن يبحث فيها لن يجد في فحوى نصوصها وروحها إلا ما يحقق المصالح المشروعة.

وعلى ذلك فإن فشت فاشية أكل اموال الناس بالباطل، كما حدث في بعض البلاد الإسلامية التي انخرطت في سلك تطبيق الأنظمة والقوانين الغربية، بسبب الاعتداد المطلق بمبدأ الرضائية، فرأى المنظم في تلك الدول الاعتداد بالشكل كركن لانعقاد العقد[٢] فإن ذلك لا يعني عدم الاعتداد بفكرة الشكل في بعض العقود والتصرفات في الدول التي تطبق الشريعة الإسلامية، ذلك أن ترك الناس يقتبسون العادات السيئة كبيع العقار أكثر من مرة لأكثر من شخص، يستلزم مجابهة هذه العادات بقواعد نظامية تحقق المصلحة الإسلامية، كاشتراط ابرام عقود البيع أمام موثق، حين يكون التوثيق شكل انعقاد وفي نفس الوقت شكلاً للاثبات أو اشتراط تسجيل العقد لكي تنتقل الملكية حين يكون الشكل في هذه الحالة شكلاً للشهر[٣] بحيث لا تنتقل الملكية إلا بشهر التصرف، أو كاشتراط كتابة الديون في محرر رسمي أو عادي (عرفي) حين يكون هذا الشكل شكلاً للاثبات[٤]، لأن كل أنواع هذه الشكليات لا تقدم إرادة، الإنسان، ولا تحل محل نية الإنسان، فالشكلية لا تنفي الإرادة في الفقه الإسلامي ولا تذهب بالنية وإنما يكون الاعتداد بها مجرد وسيلة لتحقيق مصلحة معتبرة، من مظاهرها الحيلولة دون أكل أموال الناس بالباطل لذا فإن حاصل ما تقدم هو أنه لا مانع شرعاً من اشتراط بعض مظاهر الشكلية أو النص عليها، ولكن الشكلية لا تنفي الإرادة الإنسانية أو النية عند ابرام العقود وترتيبها آثارها ونعالج هاتين المسألتين في مبحث أول نتبعه بمبحث ثان في تأكيد دور الإرادة والنية من خلال مسائل عقدية.

---

(١) فآثار العقود جعليه، انظر د. محمد شتا أبو سعد، الشرط كوصف للتراضي ١٩٨٠م (القاهرة) ص ١٢٠ وما بعدها، د. حسن الشاذلي، دروس في نظرية العقد، على الآلة الراقنة، ١٩٧٢ (الطلاب الدراسات العليا بالأزهر ـ كلية الشريعة ـ ص ٨٠ وما بعدها.

(٢) انظر في شكل الانعقاد وجزاء تخلفه في الأنظمة الوضعية د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام ط ١ للمصادر فقرة ٢١ ص ٤٦.

(٣) د. سليمان عبدالحميد، التأمينات الشخصية والعينية والشهر العقاري في القانون الجزائري، دروس مسحوبة على الرونيو ١٩٧٦ (وهران الجزائر) ص ٨٠ وما بعدها د. محمد شتا أبو سعد، الشهر العقاري في الجزائر، (وهران ١٩٧٨) ص ٧٠ وما بعدها.

(٤) د. رفعت الصباحي، الاثبات ١٩٩٠م (جامعة طنطا) ص ٢٠ وما بعدها.

المبحث الأول

لا مانع شرعاً من الاعتداد بالشكل لتحقيق مصلحة معتبرة

لا مانع شرعاً من الاعتداء بالشكل في بعض العقود لتحقيق مصلحة معتبرة، ولازم ذلك ما يلي:

أولاً: أن الاعتداد بالشكل لا يجب أن يؤدي إلى مشروعية أية عقود كتلك العقود التي أبطلتها الشريعة الغراء:

فالشريعة لا تبيح أي عقد لا يتم فيه تعيين المعقود عليه تعييناً تاماً، فإذا روعي الشكل المطلوب دون مراعاة تعيين المعقود عليه، فإن العقد يظل باطلاً، لأن الشكل لا يحيى موات العقود. فبيع الحصاة باطل شرعاً[1] في صوره الكثيرة ومنها بيع الثوب الذي تقع عليه الحصاة مثلاً، أو بيع الأرصدة إلى ما انتهت إليه الحصاة الملقاة، وبيع الملامسة[2] سواء تعلق الأمر ببيع متاع يلمس من وراء ثوب ودون نظر إليه، أو بيع ثوب بثوب دون نظر صاحبيهما كل إلى الآخر، أو بيع شيء يقوم لمسه مقام النظر إليه دون خيار للمشتري عند رؤيته. وكذلك بيع المنابذة، حيث ينبذ كل من المتبايعين الثوب للآخر دون تعيين أن هذا بهذا.

فتلك البيوع باطله ولا يصححها مراعاة اجراء شكلي آخر، وهي باطلة كذلك حتى وإن كان اللمس هو أساس اعتبار الواقعة بيعاً لأن ذلك ينفي الرضا، أو كان نفس النبذ بيعاً[3] أو كان نفس الرمي بالحصاة بيعاً، لأن ذلك لا ينفي الرضا، فقط، وإنما يعتبر قماراً[4].

---

(١) انظر شرح العيني على البخاري ط ١ ج ١١ ص ٢٦٧.

(٢) انظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة ١٩٥٢م مجلد ٢ ص ١٤٧ وما بعدها.

(٣) شرح العيني على البخاري، المرجع السابق نفس الموضع وكتابنا شرح قانون اصول الاحكام القضائية الإسلامي السوداني ١٩٨٤م مطبعة جامعة القاهرة ص ٨٠ وما بعدها.

(٤) ابن رشد، المرجع السابق ص ١٤٧.

ثانياً: إن اشتراط شكل لفظي معين في الشريعـة الإسلاميـة لا ينفي ضرورة وجود النية في التصرفات فكذلك الحال لو تعلق الأمر بأي شكل آخر:

في فقـه الشريعة الغـراء، تهيمن القـاعـدة القـائلة إن العـبرة بـالمقـاصـد والمعـاني لا بالألفاظ والمباني، وهذه قاعدة تتعلق اساساً بالتفسير، فإذا استلزم الفقهاء لفـظاً معيناً لابرام عقد أو قالوا إن عقداً معيناً لا ينعقد إلا باللفظ، فذلك لا يذهب بالإرادة والنية، بل يدعمها ويؤكدها، فإذا قال بعض الفقهاء إن عقد الزواج لا ينعقد إلا بلفظ التزويج أو النكاح[1] وكذلك بعض العقود الأخرى لا تنعقد إلا بـألفاظ معينـة، والحق ما قـرره ابن القيم بقـولـه «والصـواب اتبـاع الفـاظ العبـادات والـوقـوف معهـا. وأمـا العقـود والمعاملات فإنما يتبع مقاصدها، والمراد بها بـأي لفظ كان، إذ لم يشرع الله ورسـوله لنـا التعبد بألفاظ معينة لا نتعداها»[2]. ولكن إذا فرض وكان اللفظ أمراً جوهـريا لا ينعقـد العقـد بدونـه، فإن ذلـك لا يحول العقـد من عقد رضـائي إلى عقـد شكـلي، بمعنى أن الإرادة تظل اساسيـة في العقد، والنيـة تبقى أمراً جـوهريـاً فالشكـل لا ينفي الإرادة أو النية، حتى لو تعلق الأمر بشكلية لفظية في الشريعة الإسلامية، وهذا فارق حاسم آخـر بين فقه الشريعة الغراء وبين فقه الرومان، حيث كان الشكل هو المهيمن، بحيث انه لو اتخـذت الطقـوس لوجـد العقد ولـو بدون إرادة، ولـذا فمن غير الصـائب تشبيه بيـوع الملامسة والمنابذة أو العقود التي تستلزم الفاظاً معينة بما كان موجوداً عند الرومان في فترة من حيـاتهم من العقود الـرسمية الشكليـة المعروفـة[3] لأنه فضـلاً عن ذلك فقـد كانت الطقوس هي التي توجد العقد وهي التي ترتب آثاره ولم يقل أحد بذلك في فقه الإسلام ولا نص يمكن لأحد أن يجده أو يستشهـد به حتى يستـطيع التخـريج عليـه أو البناء من خلاله.

ولما كانت النية لها هذه السمة الجـوهريـة في كل تصرفـات الإنسـان واعـماله فليـس صحيحاً ما ذهب إليه البعض الآخر من أن هناك تعبيراً عن الإرادة مجـرداً عن النية[4]، لأنه حتى لو كان هناك تصرف لا ينعقد إلا باللفظ فـإنه لاقـوام للعمل أو التصرف ذاتـه بدون انصراف النية إليه.

---

(١) انظر في عرض ذلك الفروق للقرافي، القاهرة ١٣٤٤ هـ ج ٣ ص ١٨١ وانظر كـذلك: الإمـام الشـافعي، الأم، القاهرة ١٣٢١ هـ ج ٥ ص ٣٣، وابن حزم: المحلى، القاهرة ١٣٥٢هـ ج ٨ ص ٣٥٠.

(٢) اعلام الموقعين، لابن قيم الجوزية، القاهرة ١٣٢٥هـ ج ١ ص ٢٥٢.

(٣) كان قد تصور ذلك الدكتور محمد يوسف موسى، في كتابه البيوع، بدون تاريخ ص ١٤٦.

(٤) انظر مثلاً د. وحيد الدين سوار، المرجع السـابق بند ٥٤ ص ٥٨ عنوان المطلب الثاني «الشكليـة اللفظيـة في التعبير الإرادي المجرد عن النية».

ويلاحظ كذلك أن وجوب الاشهاد في بعض العقود لا ينفي الإرادة أو النية، وبيان ذلك أن الاشهاد في عقد النكاح يدفع تهمة الزنا[1] وهو بينة للعاقدين عند حدوث التنازع بينهما، كما أنه يدفعهما للتروي قبل اقدامهما عليه لخطورة شأنه لأنه عقد تحل به الابضاع، كما أن الاشهاد يصون حقوق الغير من الضياع، وهو الولد حتى لا يجحده أبوه فيضيع نسبه[2]، ولو كان الاشهاد يحل محل الإرادة أو النية لصح العقد رغم عدم انصراف إرادة المتعاقدين إليه وهو مالم يقل به أحد ولن يقول، فحاصل ذلك أن أي شكل مهما كان لا يحل محل إرادة أو نية الإنسان.

ثالثاً: إن اشتراط القبض أو الرسمية أو استلزامها نظاماً لا يعني قيام العقد بلا إرادة أو نية:

كذلك فإن القبض[3] في العقود العينية، أو اشتراط التوثيق في العقود الرسمية لا يطهر العقد مما داخله من عيب يتعلق بالإرادة أو النية، فاستلزام القبض أو الرسمية أو اشتراط أي منهما لا يعني مطلقاً قيام العقد عليهما وحدهما دون اعتداد أصلي بالارادة أو النية.

وبيان ذلك أن الحكمة من اشتراط القبض، وهو يتعلق غالباً بعقود التبرع، تتمثل في حماية المحسن أو المتفضل مما قد يعرو تصرفه من تسرع أو طيش، فالتبرع إحسان وهو يتأكد بالقبض[4] باستثناء الوصية[5]، والرسمية تهدف اساساً إلى تبصير المتعاقد بخطورة التصرف الذي يقدم عليه[6]، لذا فإنه لا يتصور أن يكون هدف الحماية هو اهدار اساس الحماية وهو الإرادة وانصراف النية، وطالما أن الأصل أنه «لا شكلية في التشريع الإسلامي»[7] وطالما أن الهدف هو معرفة المراد والقصد فإنه متى «عرف مراد المتكلم من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هي أدلة يستدل بها

---

(١) انظر بدائع الصنائع للكاساني القاهرة ١٣٢٨هـ ج ٢ ص ٢٥٢.

(٢) المغني لابن قدامة، القاهرة ١٣٦٧هـ ج ٧ ص ٣٣٩.

(٣) يقول سليم باز في شرح مجلة الأحكام العدلية ط ٢ بيروت ١٨٩٨م ج ١ ص ٤٤٩ أن «القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع «ولكن أليس القبول المعيب يهدم العقد فلذلك القبض غير المبني على الإرادة.

(٤) عيسوي أحمد عيسوي، الفقه الإسلامي، المدخل ونظرية العقد، ط ٢، م دار التأليف، القاهرة ص ٥٠٠.

(٥) زهدور محمد، الوصية، رسالة ماجستير، وهران ١٩٧٨م ص ٨٠ وما بعدها.

(٦) د. نعمان جمعة، الحقوق العينية، ١٩٨٣/٨٢م ص ٣٠ وما بعدها.

(٧) د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الإسلامية ط ١ ص ١٣٠ وما بعدها وإذا كنا نستشهد بعبارته فإننا انتقدنا كثيراً من آرائه في رسالته التي أشرف عليها الشيخ أحمد إبراهيم رحمه الله وذلك في رسالتنا: الشرط كوصف للتراضي، القاهرة ١٩٨٠م. ص ٣٨ وما بعدها، ومتقدة كذلك خلاصته النتيجة التي أراد الوصول إليها إنما يكفينا ما قرره من عدم شكلية التشريع الإسلامي.

عـلى مراد المتكلم[1] فـالنية أمـر يتعين اعـمالـه سـواء كان هنـاك شكل يغلفهـا ام كانت الإرادة منبئة عنها بذات الألفاظ المستعملة، يستوي في هذا الصدد أن يكون الاتجـاه هو اعمال فكرة الإرادة الـظاهرة، التي لا تعقـد بالتعبـير ذاته بـل بالإرادة التي قصـد التعبير عنهـا[2] أم اعمال الإرادة الـظاهرة[3] عـلى نحو لا يخـالف النية الـواضحة أو عـلى نحـو لا يجعل المتعاقد يتنصل من تعاقده زعماً بأنه لم يكن يقصد ذلـك أو يتنويـه طالما لا يقف إلى جانبه ما يدعم مرعاه، ومعلوم أن الصيغـة، في الفقه الإسـلامي تقوم مقـام الإرادة الباطنة، لا لشيء إلا لأن التعبير عن الإرادة ذاتها، فإذا ثبت عكس ذلك، وجب اعـمال النية مع أنها خفية في مثل هذه الحالة، وتحتاج إلى بحث وتمحيص.

رابعاً: ان استلزام شكل للاثبات لا يعني بدوره تخلف النية:

ولا شك أن استلزام شكل للاثبات، كالكتابـة، رسمية كـانت أم عادية (عرفيـة) لا يمكن أن يفهم منه أن شكل الاثبات يقوم مقـام النية، فـالنية تتعلق بـانعقاد العقـد، والاثبات يتعلق بمدى الاحتجاج بالحق. وقد نصت المادة المائة والسـابعة والثـلاثون من نـظام المرافعـات الشرعيـة السعـودي الصـادر عـام ١٤١٠هـ ويعمـل بـه اعتبـاراً من ١٤١١/٣/٢٨هـ على أن الكتابة التي يكون بها الاثبات إما أن تدون في ورقة رسمية أو ورقة عادية.

والورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عـام أو شخص مكلف بخدمـة عامـة ما تم على يديه أو مـا تلقاه من ذوي الشـأن وذلك طبقـاً للأوضـاع النظاميـة وفي حدود سـلطته واختصـاصه.

أما الورقـة العاديـة فهي التي تكون مـوقعة بـامضاء من مَن صـدرت منه أو ختمـه أو بصمتـه. ويلاحظ أن المسلك الـذي سلكه النـظام هو المسـلك الشرعي حيث عـالج الكتابة في الفصل قبل الأخير من باب الاثبـات، لأن الكفّايـة ليس لها في فقـه الشريعة الغراء نفس المكانة الأولى التي تعطيها اياها الأنظمة الوضعية، ومع أن هناك اتجاه فقهي يقول بعدم صلاحية الكتابة لاعتبارها وسيلة اثبات لإمكان محاكاتها[4] ولأن نية الشهـود قد تسوء ولأن الشـاهد قد لا يستطيع استرجـاع كل، مـا قالـه المتعاقـدان، إلا أن الرأي الأدنى إلى القبول، في ظل الظروف الراهنة ومستلزماتها، أنه لا مانع من الأخذ بالكتـابة

---

(١) ابن القيم، المرجع السابق ج ١ ص ١٨٩.
(٢) د. سليمان مرقس، نظرية العقد ١٩٥٦ ص ١٠٠ ومابعدها.
(٣) وحيد سوار، التعبير عن الإرادة، رسالة ط ١ ص ٤٦٤.
(٤) في عرض ذلك الشيخ أحمد إبراهيم، طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، القاهرة ١٣٤٧هـ ص ٦٢.

في الحدود التي تصلح فيها للتعويل عليها في الاثبات، ويلاحظ في هذا الصدد أن الأمر الوارد بالكتابة في قوله تعالى: ﴿ يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه... ﴾[١]. هو للندب لا للوجوب بدليل قوله تعالى: ﴿ فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي اؤتمن أمانته وليتق الله ربه ﴾[٢] وأياما كان الأمر فإن الكتابة عند استلزامها لا تنفي إرادة المتعاقدين أو نيتها فإذا فهم الشاهدان شيئا آخر خلاف ما انصرفت إليه تلك الإرادة، فالعبرة بما أراده المتعاقدان وانصرفت ارادتها إليه لا بما فهمه الشهود.

المبحث الثاني

تأكيد دور الإرادة والنية من خلال مسائل عقدية [٣]

تمهيد:

يتأكد مضمون عنوان هذا المبحث من استعراض بعض الأساسيات المتعلقة بهذا الموضوع من حديث رسول الله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات...» ولذا تلزم الإشارة بإيجاز إلى:

١ ـ نص الحديث ومستلزماته.
٢ ـ النية والتوحيد.
٣ ـ النيات الحسنة.
٤ ـ النيات السيئة.
٥ ـ النية هي الأساس الصحيح لتلقي الحقيقة الإيمانية.

---

(١) سورة البقرة من الآية ٢٨٢.

(٢) انظر محمد سلام مدكور، الأمر في نصوص التشريع الإسلامي ودلالته على الأحكام سنة ١٩٦٧م ص ٨٠ وما بعدها. سورة البقرة من الآية ٢٨٣.

(٣) لا تفهم فكرة النية فهماً دقيقاً من خلال الدراسات الفقهية الجافة، ولذا آلينا التخفيف من آثار ذلك والانتقال لدراسة حسن النية وسوء النية من منظور ديني أخلاقي، يبين إلى أي حد تعقد الشريعة نية الإنسان في كل أعماله وتصرفاته سواء تعلق الأمر بنية العمل أو بنية المعمول له وما يستلزمه ذلك من الاخلاص في العمل ذاته حتى ينال القبول.

٦ ـ النية بهذه المثابة لا تنتفي لمجرد وجود الشكل.

١ ـ نص الحديث ومستلزماته:

عن أمير المؤمنين أبي حفص عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال:

سمعت رسول الله ﷺ يقول «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرىء ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته لدنيا يصيبها أو امرأة ينكحها، فهجرته إلى ما هاجر إليه»(١).

والنيات هي أساس اعمال الإنسان كلها، فبها يكون صلاحها، وبها يكون فسادها، وعلى أساسها يجني الإنسان ثمرات أعماله ونتائجها، إن خيراً فخير، وإن شراً فشر، ولذا فإنه لا يجوز الفصل بين النية وبين أعمال الإنسان. والنية هي أمر داخلي في أعماق الإنسان، قد تظل كامنة فلا يفصح عنها بامارات خارجية، وعندئذ تكون من خفايا الصدور، وقد تخرج بها الإرادة إلى عالم الواقع والمحسوسات، فتكون صريحة جلية، أو تكون مفهومة ضمناً، من خلال تلك الإمارات والعلامات الخارجية، التي تنبيء عنها، وتبين حقيقة اتجاهها.

فالنية اطار تتحرك إرادة الإنسان فيه لتحقيق غاية معينة، أو هدف محدد، من خلال شيء ما، يرنو إليه الإنسان، استجابة لدافع ما، يدفع الإرادة إلى التحرك والعمل(٢)، وبقدر ما تكون نية الإنسان سليمة، وغايته نبيلة، وبواعثه مشروعة، ودوافعه مقبولة، بقدر ما يكون عمل الإنسان طيباً، ومحققاً له الخير في دينه ودنياه، لأن النية هي أساس أعمال البشر، وبها يكون صلاحها أو فسادها.

والمؤمن الصادق، هو الذي يوجه إرادته، صوب موضوع نافع، والموضوع النافع هو الذي يهدف الإنسان من ورائه إلى تحقيق الخير، فيؤمن بضرورته له وللمسلمين كافة، ويتطلع لبلوغه، ويبذل الجهد الصادق لتحقيقه باعتباره أمراً يدعو الإسلام إليه، ويرى خير المسلمين فيه، فيتجاوز المسلم في سبيله مرحلة تسويغ العقل له، ويجعله أساس حركته الإيمانية، وجوهر طاقته الروحية، دون أن ينتقص ذلك من قدرة العقل.

---

(١) متفق على صحته. رواه اماما المحدثين البخاري ومسلم.

(٢) «ولا خلاف أن الله تعالى لا يعاقب إلا بعد الاستحقاق بالمعصية» انظر أبا عبدالله محمد بن المرتضى اليماني في مؤلفه ايثار الحق على الخلق في رد الخلافات إلى المذهب الحق ـ من أصول التوحيد ـ بيروت ١٤٠٣ ص ٢٤٤ وما بعدها في عرض وتحليل فكرة الإرادة.

كما أرادها الله على الفهم والتبصير والسير والبرهنة على الحق[١] وعلى ذلك فإن العبد ينال ثمرات عمله، على أساس ما انصرفت إليه نيته، ولذا فإن كافة عبادات الإنسان لا تصح إلا بالنية، حيث يجب أن يكون قصد الإنسان منها، وغايته فيها، ودافعه إليها، هو وجه الله وثوابه وإذا كان ذلك هو الأصل الدائم بالنسبة للعبادات، فإنه هو الأساس المستمر كذلك بالنسبة لكافة أعمال الإنسان الأخرى وتتوافر النية في العبادات إذا عقد الإنسان العزم على أنه لا يقصد منها سوى وجه الله، ولا يبتغي بها إلا رضاه، ولا يصرفها إلا إليه، طلباً لمرضاته، ونيل ثوابه والبعد عن موجبات عقابه. ولذلك تستجيب النية لما فرضه الله، إذا أخلص العبد في عبادته، فجعلها تقرباً محضاً إلى الله، لا يستهدف بها تحقيق غرض من أغراض الدنيا، لأن الدنيا متاع زائل، وعرض منقطع، فنعيمها مؤقت، وهي في جملتها لهو ولعب وزينة وتفاخر وتكاثر في الأموال والأولاد، أما الدار الآخرة، فهي النعيم المقيم والحيوان الأبدي، واخلاص النية في العبادة هو سبيلها الأوحد، وطريقها الذي لا يوصل إليها طريق آخر سواه.

والنية الطيبة، تحتاج إلى استمرار تجديدها، لتزداد قوتها، وتستمر وقدة جذوتها، حتى يخلص ايمان العبد من كل شائبة محتملة، ومن كل عارض منقص كالرياء وتعظيم كل من دون الخالق، وعندئذ تكون التوبة مفتاح تجديد قوة النية، وحسن القصد، ونبل الباعث، وشرف الغاية.

وعلى العبد أن يحصن كافة العادات أيضاً بالنية الطيبة، لتكون ـ ما أمكن ـ قريبة من العبادات، فينوي أنه لا يهدف من ورائها سوى طاعة الله، وتحقيق الواجب في نفس الإنسان وغيره، طلباً للأجر من الله، والبركة كأعظم عطاء من عطاياه، وتغلباً على الرغبات المهلكة، وانتظاراً للفضل من الله، وعندئذ لا تكون المباحات والعادات سبباً في تحصيل الكسب المشروع في الدنيا فقط، بل سلماً يرقى به الإنسان في مدارج كمالات الطاعات، حيث تصبح العادات أشبه ما تكون بالعبادات، من غير ابتداع ولا خروج على مفاهيم الشرع[٢] ولعل المسلم في أعماله كلها، لا ينظر إلى العمل الذي يريده، بمنأى من النية الحسنة، التي تجعل الإرادة ذات غاية طيبة، عندما تستحث الإنسان على الانتقال من مجال الشعور بالخير إلى نطاق فعل الخير، مهما تكبد الإنسان في سبيل ذلك من مشاق، وبحيث لا يصبح الإنسان في أي وقت من الأوقات، باحثاً عن أي عمل غير مشروع، أو مجرد مفكر فيه. ففي الإسلام لا يمكن الفصل بين النيات

---

(١) انظر البرهان القاطع في اثبات الصانع لمحمد بن ابراهيم الوزير، القاهرة ١٣٤٩هـ ص ٣٩ ـ ٤٠.

(٢) انظر أمثلة لهذا الخروج في: فرقان القرآن للشيخ سلامة القضاعي العزامي، مطبعة السعادة ص ١١٠.

والمشارع والغايات والأهداف والبواعث والأخلاق وأوامر الله سبحانه وتعالى ونواهيه، فكل شيء يجب أن ينحو نحو تحقيق الفضيلة في أعماق الإنسان، والخير لكل بني البشر، وهذه أمور من صميم العقيدة، حيث يجب أن يحب المسلم لأخيه المسلم ما يحبه لنفسه، وحيث تهيمن القيم العليا في العبادات على كل حركات الناس في المجتمع، بحيث يصبح سلوكهم في عاداتهم أقرب ما يكون إلى العبادة، حيث أن نظرة الإنسان، إلى عمله، في الإسلام، يجب أن ترتكز على غاية موضوعية نبيلة، وبعبارة أخرى، فإن إرادة الإنسان، في الإسلام تستلزم انصرافها من خلال القصد النبيل أو النية الطيبة[1] إلى عمل تصوره الإنسان بحسه الإسلامي تصوراً خيراً، وتفانيه في احداثه بصدق لا يعروه باطل أو زيف.

٢ ـ مثال على دور النية الصادقة في تحريك العزيمة الإيمانية صوب التوحيد:

ولقد كانت النية الصادقة مسألة راسخة في ذهن الشيخ الإمام محمد بن عبدالوهاب[2] ليس فقط، وهو يرفع لواء التوحيد من جديد، مبعداً إياه عن دائرة الشرك، بل أيضاً في مؤلفاته، التي تفصح عن مدى صدق عقيدته، وصفاء نيته، وسلامة إرادته وغايته، في كل مجالات الشريعة وسواء تعلق الأمر بالعبادات أو المعاملات والعادات وغيرها.

ويطول المقام عند تتبع أمثلة لكل ذلك، ولكن حسب الإنسان أن يقف على ذلك، من خلال بعض الجزئيات التي تجلي الحقيقة الكاملة، وفي ثنايا بعض الأفكار التي تلقي الضوء على الأبعاد الإيمانية التي كانت تحرك تلك النية الصادقة صوب أعماق عقيدة التوحيد. ففي مجال العقيدة، ضم كتاب التوحيد، على ما يلي، بياناً ساطعاً لدور النية في أداء العبادات التي هي أساس توحيد الألوهية[3] وحسبنا بياناً لفكرة أن التوحيد يقتضي البعد عن الشرك بأنواعه الثلاثة ومنه الشرك الأكبر، الذي يتنوع إلى شرك الدعوة والشرك في الطاعة، ناهيك عماله صلة حرفية بهذا الموضوع وهو شرك النية أو الإرادة أوالقصد ودليله قوله تعالى: ﴿ من كان يريد الحياة الدنيا وزينتها نوف إليهم

---

(١) انظر في صدق القصد، مقدمة المطالب الحسان في أمور الدين وشعب الايمان، للشيخ عبدالملك القتني ١٣٠٤هـ ص ١٠٤ وما بعدها.

(٢) انظر: مؤلفات الشيخ الإمام محمد بن عبدالوهاب، صنفها وأعدها للتصحيح الأساتذة عبدالعزيز بن زيد الرومي ود. محمد بلتاجي ود. سيد حجاب وغيرهم (من مطبوعات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ـ اسبوع الشيخ محمد بن عبدالوهاب).

(٣) المصدر السابق، القسم الأول، من ص ٧ حتى ١٥١.

أعمالهم فيها وهم فيها لا يبخسون[١] أولئك الذين ليس لهم في الآخرة إلا النار وحبط ما صنعوا فيها وباطل ما كانوا يعملون ﴾[٢] وهذا كاف الآن في تأكيد ما ألمحنا إليه.

وهناك مجالات أخرى أبرز فيها الإمام دور النية الصادقة[٣] في تحقيق العبودية الحقيقية وهذه إشارة لابرزها مع الإشارة لبعض الآراء الفقهية.

· ولكننا نسبق في هذا الصدد إلى القول إن النية إذا كانت تعني انصراف القصد إلى العمل تقرباً لله، وطلباً لثوابه، فإنها لا تنصرف فحسب إلى العمل، بل تنصرف كذلك إلى المعمول له. وإذا كانت نية العمل ستكون موضع إشارات سريعة، بحسب ما يقتضيه المقام، فإن نية المعمول له، تعني الإخلاص لله في كل ما يأتي العبد وما يذر وفي كل ما يقول ويفعل[٤] فمدار الأعمال النية، والأعمال كلها لا تحصل ولا تكون إلا بنية عملها ونية الإخلاص لله في أدائها.

ولقد كانت نية العمل جلية دائماً، كنية الإخلاص لله سواء بسواء في كل كتابات أئمة الإسلام المخلصين، وقد جمع ذلك كله وسلكه في منظومة فريدة شيخ الإسلام محمد بن عبدالوهاب، ففي كتاب كشف الشبهات ينعى على من ساءت نياتهم ممن «يتركون المحكم ويتبعون المتشابه»[٥]، وهذا جلي كذلك في مؤلفه ثلاثة الأصول[٦]، فمعرفة الله والعمل، والدعوة والصبر، لا تتم إلا على أساس جوهري هو الإخلاص[٧] ومثل ذلك يقال في مؤلفه القواعد الأربع[٨] ففيه ما يفضح مشركي زماننا وانهم أغلظ شركاً من الأولين لاستمرار سوء نيتهم فهم مشركون ليس في الشدة فقط بل في الرخاء

---

(١) سورة هود الآية ١٥.

(٢) سورة هود الآية ١٦.

(٣) ويلاحظ في هذا الصدد ما قاله الأمير عبدالقادر الجزائري في كتابه «المواقف» دار اليقظه جـ ١ ط ٢ (١٩٦٦م) ص ١٧٧ إن الحق تبارك وتعالى لا يقبل الأعمال الصالحة إلا إذا صدرت عن قلب صادق ولا يعاقب على الأعمال السيئة إلا تبعاً للقلوب كذلك (فإن القربات لا تكون قربة إلا مع النية.... وهي القصد بمعنى حضور القلب المستلزم لحضور الرب. وكذلك السيئات لا تكون سيئة حقيقة في الدنيا والآخرة إلا مع القلب) ولذا ورد في الصحيح «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه».

(٤) الشيخ عبدالرحمن بن ناصر السعدي، بهجة قلوب الابرار وقرة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، ١٤٠٥هـ.

(٥) المصدر سابق الإشارة (مؤلفات الشيخ الإمام) ص ١٦١.

(٦) المصدر السابق ص ١٨٥ وما بعدها.

(٧) وانظر الإشارات الإلهية لأبي حيان التوحيدي تحقيق د. وداد القاضي ١٩٧٣م ص ٣١٤ «الطاعة الاخلاص» وص ٤٥ «ومن توجه إلى الله استسلم».

(٨) المصدر المشار إليه ص ١٩٧.

أيضاً[١] مع أن الحق يقتضي التيقن الدائم بأنه لا نجاة إلا بالتوحيد والإخلاص فيه[٢]، والبعد عن الابتداع[٣] ولا شك أن حسن النية لا يوجد إلا من خلال مصادر التشريع الإسلامي[٤]، وبوجه خاص، التمسك بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم[٥]، فمن خلالها يتأكد أن النية الصادقة هي النية المنصرفة إلى عقيدة التوحيد[٦]، ومن هنا كانت النية شرطاً لطهارة الأحداث كلها[٧] فالإسلام دين تحكيم النية في كل مسائله[٨] ولذا فإن التيمم لا يصح إلا بنية[٩] ولا صلاة إلا بنية[١٠]، ولكن لا يتلفظ بها، ولا زكاة إلا بنية[١١] ولا يصح صوم الفرض أو التطوع إلا بنية، ولا اعتكاف إلا بنية[١٢] ولازم ما تقدم أن نية المسلم في كل عباداته وعاداته ومعاملاته لابد أن تكون نية حسنة لا نية سيئة وهذا يقودنا إلى الإشارة إلى مفهوم النيات الحسنة والنيات السيئة.

٢ ـ النيـات الحسنة:

النية الحسنة هي تلك النية التي تتحرك في اطار امتثال أوامر الله واجتناب نواهيه. فهي نية تنفصل عن مؤثرات الخلق، لتتصل بطاعات الخالق، اتصال عبادة وخضوع، وبعد عن الهوى، أو استرضاء الناس ومراءاتهم، إنها نية تصل العبد بالمعبود، والمخلوق بالخالق، صلة امتثال مستمر لا انفصال له ولا انفصام لعراه، ونية هذا شأنها لابد أن تكون (سبباً قوياً للرزق)[١٣]وهو هبة الرزاق القادر.

---

(١) السابق ص ١٩٧ ـ ٢٠٢.
(٢) انظر الشيخ عبدالرحمن بن حسن آل الشيخ، منهاج التأسيس والتقديس بومباي ٣٠٩ ص ٤ وما بعدها وله أيضاً قرة عيون الموحدين.. ط ٢ دار مصر للطباعة ص ٢١.
(٣) كتاب كشف الشبهات ضمن المصدر السابق ص ٢٠٧ / ٢٠٨.
(٤) الشاطبي (أبو إسحاق) الموافقات ج ٣ ط ٢ (١٣٩٥) ص ٥ وما بعدها وص ٣٤٥.
(٥) د. ناصر بن عقيل جاسر الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب ج ١ ـ ١٤٠١ ص ١٦ ـ ٨٩.
(٦) د. علي عبدالمنعم عبدالحميد، العقيدة الإسلامية ١٤٠٠هـ الكويت ص ١٠ ـ ١٦.
(٧) مؤلفات الشيخ الإمام محمد بن عبدالوهاب، القسم الثاني. باب المياه وانظر ص ٢٣، ٧١.
(٨) د. ناصر بن عقيل بن جاسر الطريفي، القضاء في عهد عمر بن الخطاب ج ٢ ط ١٤٠٦هـ ص ٦٥٦ وما بعدها بصدد الإخلاص في القضاء.
(٩) المغني لابن قدامة (ج ١) ص ١١٠ ـ ١١٤، ص ٢٥١ وص ٢٦٣ وانظر الشيخ محمد بن عبدالوهاب في المصدر السابق قسم ٢ مجلداً ص ١١٢ ـ ١١٣.
(١٠) انظر المغني ج ٢ ص ٤٦٤ ومابعدها.
(١١) السابق، ص ٦٣٨ ـ ٦٤٠.
(١٢) المصدر السابق ج ٣ ص ١٨٤ وما بعدها.
(١٣) الشيخ عبدالرحمن السعدي، بهجة قلوب الأبرار وقرة عيون الأخيار في شرح جوامع الأخبار، ١٤٠٥هـ من مطبوعات الرئاسة العامة لإدارات البحوث: ص١٠.

فالنية الحسنة تمثل أوامر الله كلها وتجتنب نواهيه كلها، تحقيقاً لمشيئة الله منها، وهي تحقيق رسالة الإسلام، التي من أجلها خلق الله الإنس والجن، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ وما خلقت الجن والإنس إلا ليعبدون ﴾[١] ومن أجل ذلك فإن النية الحسنة تنفصل عن مؤثرات الخلق باغراءاتها المادية لتتصل بموجبات طاعة الخالق، ومقتضياتها في الحياة الدنيا، وفي الآخرة، ولذا فإنها نية تتخذ الإخلاص لله ديدنا، والالتجاء إليه وحده بحسبان ذلك من العقيدة والدين. قال تعالى: ﴿ فاعبد الله مخلصاً له الدين ﴾[٢].

وقال سبحانه: ﴿ وادعوه مخلصين له الدين ﴾[٣] وانفصال النية عن مؤثرات الخلق يستلزم تحرر العبد من آراء الناس، فهو يعمل العمل دون أن يهدف إلى مراءاة الناس حتى لا يكون ممن قال الله فيهم: ﴿ يراءون الناس ﴾[٤] وهو يقدم على الفعل لا خشية من أحد من البشر، وإنما خشية من الله وحده، حتى يكون ممن قال الله فيهم: ﴿ . . ويخشونه ولا يخشون أحداً إلا الله ﴾[٥] وهو يبذل الخير للناس لوجه الله وحده دون أن ينتظر منهم الجزاء أو الشكر[٦].

والنية الطيبة عندما تنفصل عن مؤثرات الخلق، سواء بالبعد عن الخشية منهم أو المراءاة لهم، فإنها تتصل في ذات الوقت بالله سبحانه اتصال عبادة، تحرك كل جوارح الإنسان ليظل قلبه عامراً بخشية الديان وحده، واخلاص العبادة له وجعل عاداته أشبه ما تكون بالعبادة إن لم يصل بها إلى مرتبة العبادة، فالعبد ينفق ابتغاء مرضاة الله، لينال الأجر العظيم، وهو يؤتي الزكاة يريد بها وجه الله، وهو لا يسجد إلا لله، ولا يركع لأحد سواه، وهو لا يحج لكي يقال إنه قد حج البيت، وإنما يحج بدافع من اخلاص العبادة لله، في كل أركانها. وهو لا يأخذ زينته عند كل مسجد إلا لكي يكون في الصورة التي ترضي الله، وهو لا يسرف في أكله أو شربه لا خوفاً من فقر ولا رغبة في تقتير أو تضييق على النفس وإنما ليكون ممن يحبهم الله طالما أن الله سبحانه وتعالى لا يحب المسرفين، وهو في نفس الوقت لا يحرم زينة أخرجها الله لعباده، أو طيبات من

---

(١) سورة الذاريات آية ٥٦.

(٢) سورةالزمر من الآية ٢.

(٣) سورة الأعراف من الآية ٢٩.

(٤) سورة النساء من الآية ١٤٢.

(٥) سورة الأحزاب من الآية ٣٩.

(٦) د. محمد عبدالله دراز، دستور الأخلاق في القرآن الكريم، تعريب عن الفرنسية وتحقيق د. عبدالصبور شاهين ط ٦ (١٤٠٥هـ) ص ٤٥٠ في فضل النية على العمل.

الرزق، طالما ظل بعيداً عن نية الإسراف.

والعبد المؤمن يزرع ويتاجر ويصنع ويبحث ويكتشف ويصنع معالم حضارة إسلامية، ويطور وينمي، لا بحثاً عن جاه أو سلطان، وإنما تحقيقاً لموجب نداء الإيمان في أعماق الإنسان، فقد سخر الله للإنسان كل ما في السموات وما في الأرض، وعليه أن يؤدي الأمانة بالنية الطيبة، ليتحقق مقتضى قوله تعالى: ﴿ **وسخر لكم ما في السموات وما في الأرض جميعاً منه** ﴾[1]. وحتى لا يكون عبداً للشهوات، التي تفسد عليه نواياه، وتحول بينه وبين جني ثمرات العمل الصالح، وبالجملة فإن حب الرجل للشهوات قد ينصرف إلى النساء فيفسد نيته، أو إلى الأولاد فيضل غايته، أو إلى المال ذهباً وفضة فيثني ارادته، أو إلى الخيل والأنعام والحرث، فيقبل على متاع الحياة الدنيا وينس الله، ولا تمثل حكمته، وهي التي تتجلى في أمور كثيرة منها أن الله سبحانه وتعالى ما خلق الجن والإنس إلا لعبادته، ولا عبادة حقة، إلا بقلب سليم، ونية صادقة حسنة، تمنع الإنسان من عبادة غير الديان، كعبادة الهوى، ولكي لا يصدق فيه قول الله تعالى: ﴿ **أرأيت من اتخذ إلهه هواه. . .** ﴾[2]، وتحول (أي النية الصادقة الحسنة) دون اتيان العمل العبادي عن كراهية ينتفي معها الخير لانتفاء الإخلاص كما في قوله سبحانه: ﴿ **ولا ينفقون إلا وهم كارهون** ﴾[3].

والعبد المؤمن، ذو النية الحسنة، هو الذي يختار الخير ولا يستعمل غير المباح، ولا يقبل إلا على كل ما يتفق مع الشرع، حيث تعصم النية الحسنة الإنسان عن الهوى، وتقيه من شر استبداد العاطفة، وبخاصة أمام الحاجات الفطرية للإنسان. حيث تتحصن تلك النية بأسس الشريعة الإسلامية، وأخلاقيات الإسلام، فلا تكون حياة الإنسان مجرد متع رخيصة، بل تكون انعكاساً صادقاً للحكمة الإسلامية الكامنة وراء التكاليف الشرعية، فيكون للمسلم وهو يعبد الله أن يعيش وأن يتنعم، في اطار من حسن النية، وعدم الزيغ أو الإنحراف عن مباديء الإسلام.

ولعل حسن النية هذا، هو الذي أورث أهل الصفة التعفف فقد كانوا: ﴿ **لا يسألون الناس إلحافاً** ﴾[4] وهو الذي حبب نفراً من المؤمنين في أن يهبوا ما هم في أمس الحاجة إليه، وقال تعالى فيهم: ﴿ **ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة** ﴾[5].

---

(١) سورة الجاثية من الآية ١٣.
(٢) سورة الفرقان من الآية ٤٣.
(٣) سورة التوبة من الآية ٥٤.
(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٣.
(٥) سورة الحشر من الآية ٩.

وحسن النية هو الذي يجعل اجلال الله سبحانه وتعالى قائماً على الطاعة، أملاً في التقرب إلى الله، ومعرفته حق المعرفة وهذا لا يحدث لمن يريد الحياة الدنيا، وإنما يحدث لمن يريد الآخرة، يقول الغزالي في الإحياء[1] «وأما الطاعة على نية اجلال الله تعالى، لاستحقاقه الطاعة والعبودية، فلا يتيسر للراغب في الدنيا، وهذه أعز النيات، ويعز على بسيط الأرض من يفهمها، فضلاً عمن يتعاطاها وعلى ذلك فمن حسن النية الأمتثال لأوامر الله، واجتناب نواهيه، لا بحثاً عن مصلحة تضاف للإنسان، بل امتثالاً للحكمة التي أرادها الديان من التكليف، ولا شك أن هذا يقتضي الإخلاص من الإنسان، اخلاصاً يضاف القصد منه إلى الله، لا اخلاصاً يستهدف شيئاً من ثمار هذه الحياة، حتى ولو تمثلت هذه الثمرة في الحكمة المنشودة التي قد يرتقي بها الإنسان بين أترابه. ويمكن في هذا الصدد ضرب مثال بحكاية التقي المخدوع، فقد سمع: (أن من أخلص لله أربعين صباحاً، ظهرت ينابيع الحكمة من قلبه على لسانه) فأخذ ـ بزعمه ـ في الإخلاص لينال الحكمة، فتم الأمد، ولم تأت الحكمة، فسأل عن ذلك، فقيل له: إنما أخلصت للحكمة، ولم تخلص لله»[2].

وحسن النية، هو أعظم ترياق لادواء التمزق والقلق والسخط على القضاء، طالما أن النية الحسنة تجعل الإنسان يقبل على العمل باخلاص وتفان، وكل ما عدا ذلك إلى الله، فيكون همه هما واحداً، فيصدق فيه قول رسول الله ﷺ «من جعل الهموم هماً واحداً، كفاه الله ما أهمه من أمر الدنيا والآخرة، ومن تشاعبت به الهموم لم يبال الله في أي أودية الدنيا هلك»[3]. وجعل الهموم هما واحداً لا ينفي تطلع المسلم إلى غاية عمله، ومراده وأمله، ولكن ذلك يجب أن يكون مقروناً بتسليم النتائج إلى الله، وعدم الحزن أو بخع النفس على أمر لم يتحقق، وعدم الضيق من مكر الماكرين، وعدم الزيغ عن طريق الدين المتين.

وحسن النية هو الاطار الذي يجب أن يحدد مجال الجهاد في سبيل الله وفي هذا أبسط رد وأكفاه على أعداء الإسلام وأعداء الله، فالجهاد ماض إلى يوم القيامة، ولكنه جهاد له غاية ينتويها كل مجاهد، وهذه الغاية تتمثل في وجوب أن تكون كلمة الله هي العليا، فقد حدد ﷺ مفهوم الجهاد في سبيل الله بقوله: «من قاتل لتكون كلمة الله هي

---

(١) ط الحلبي ٤/ ٣٦٣.

(٢) الموافقات ط ١ ـ ج١/ ٢١٩ ـ ٢٢٠.

(٣) سنن الترمذي، كتاب [illegible]

العليا فهو في سبيل الله»(١).

ومن هذا المنطلق يمكن للناس أن تعي حقيقة منطق الجهاد في الإسلام، حيث ورد قوله تعالى: ﴿ وما لكم لا تقاتلون في سبيل الله والمستضعفين من الرجال والنساء والولدان ﴾(٢) وقوله جل شأنه: ﴿ وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين لله ﴾(٣). فالمسلم عندما يجاهد، فإنما يجاهد في سبيل الله، لكي تكون كلمة الله هي العليا، مدركاً أن ما يتغياه عدل كله، ومعقول كله، لأنه لا عدوان فيه وإنما هو احياء لمنهج الله الذي لن يستقيم الكون إلا به، وتلك حكمة يمكن اكتشافها أو استظهارها، ولكن العقل بعد ذلك، لا يمكنه بحال من الأحوال أن يفهم كل حكم وأهداف التشريع الإسلامي، ولذا يلزم الإنسان المؤمن ذي النية الحسنة أن تظل فكرته عن تشريع الله في كافة مجالات الحياة، إنه التشريع الأكمل والأعظم والأقدر على حل مشكلات الناس مهما خفيت حكمة بعضه أو معظم أحكامه علينا، طالما إننا بشر، فينا قصور يجعلنا غير قادرين على الاحاطة بحكم حكم الله سبحانه.

إن النية الحسنة تنطلق دائماً من نفس مطمئنة، وضمير حي مستنير، وأخلاق إسلامية واعية، وتأديب رباني خالد، وثقة مطلقة في أوامر الله ونواهيه، وفي أن حكمة التشريع قد لا تدرك، ولكن ذلك لا يعني أي نقص فيه، لأنه تكفي الثقة في الخالق ليتحقق الخير للمخلوق ـ قال تعالى: ﴿ ولو أنا كتبنا عليهم أن اقتلوا أنفسكم أو اخرجوا من دياركم ما فعلوه إلا قليل منهم ولو أنهم فعلوا ما يوعظون به لكان خيراً لهم وأشد تثبيتا ﴾(٤). كما أن النية الحسنة تنطلق دائماً من نفس واثقة في عدل شرع الله، والتسليم بحكم الله سبحانه وتعالى، فالمؤمن يخضع لشرع الله، ثقة فيه واطمئناناً لعدله، وتيقنا بأن فيه علاج كل مشكلات الناس، الذين حسنت نواياهم، فارادوا خير الإسلام كله، لا مجرد خيرهم الفردي، وعز الإسلام كله، لا مجرد عزهم الفردي، ومجد الإسلام كله لا مجرد مجدهم الشخصي، وهذا يعني أن النية الحسنة تتوق للخير العام، لأنها تصدر عن استعداد فطري له اساسه الإيمان بأنه ثمرة تشريع عادل، وطاعة واعية غير مهتزة، تثق أن الخير العام لابد أن ينبثق عنه خير خاص ومنفعة خاصة في الدنيا، ونعيم أبدى مقيم في الآخرة، لأن النية الحسنة، موصولة بالله سبحانه، فهو مصدر الخير الأسمى والأبدي، ومبدع الكون، فاطره، وجاعل استقامته منوطة بمنهج

---

(١) صحيح مسلم ج١٣ ص ٤٩.
(٢) سورة النساء من الآية ٧٥.
(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٣.
(٤) سورة النساء من الآية ٦٦.

يجب التسليم به، ثقة فيه، وإيماناً بعدالته.

٤ ـ النيات السيئة:

النيـة السيئـة هي نيـة تتنكب طـريق الخـير العـام والفضيلة الإنسـانيـة، لأنها لا تستجيب لقصـد الشـارع الحكيم، ولا تتبـع الصراط المستقيم، بـل تتغيـا الأضرار بالغير، أو تستهدف مجرد مراءاة الناس[١]، خلافاً لقـوله: ﴿ وأن هـذا صراطي مستقيماً فاتبعوه ولا تتبعوا السبل فتفرق بكم عن سبيله ﴾[٢].

فـالنيـة السيئـة تتغيـا الأضرار بـالغـير، عـلى خـلاف مقتضى قـولـه ﷺ «لا ضرر ولا ضرار»[٣]، ونكتفي الآن بالقول انه لا يوجد عاقل في الكون يستطيع أن يسبـغ على الضرر وصف الخير، ومن أعـظم مـظاهـر الضرر التي تشف عن سـوء النيـة في وقتنـا الحاضر، خنق بعض الدول الإسـلامية صـوت الحكمة التشريعيـة الإلهية، عن طـريق استبدال الذي هو أدنى بالذي هو خير والزام القضـاة بتطبيق غـير شرع الله، مما هـو من صنع البشر، فانى لمخلوق مهما بلغت مكانته العلمية، أن يـدرك حكمة الخـالق العلية، في أحكام الشريعة الإسلامية. إن الأمر جد لا هزل ولن يزيل الله الغمة إلا بـالعودة إلى طـريقه، والإنتهـاء عن استيراد القـوانين الـوضعية، وجعلهـا قيداً عـلى حركـة الحكمة التشريعية الإسلامية. ماذا يبقى لنا من وصف الإيمان، إذا نحن حكمنا قوانـين الغرب فينا، بينما يوجد بـين ظهرانينـا شرع الحكيم الخبير. أليس ذلـك مخالفـة صريحه لعمـوم مقتضى النهي في قـوله تعـالى: ﴿ ولا تتخذوا آيـات الله هـزواً ﴾[٤] إن صـلاح الأسرة لا يتم إلا بتـطبيق شرع الله[٥] وسلامـة الاقتصـاد لن تتـأكـد إلا بـاعـمال منهج الله في الصدقات والزكاة وتحريم ما حرم الله من ربا وتصرفـات ضارة، ومعـاملات النـاس لن تصح إلا باتباع قواعـد الشريعة، وحقـوق الناس لن تصـان إلا بالـوقوف عـلى مقتضى أوامر الله ونواهيه، من أمر بالوفاء بالعقود، ونهي عن أكل أموال الناس بالباطل، وعدم الظلم أو التعدي أو الغصب أو انتهاب مال الغـير، وما يستلزمـه ذلك من تـطبيق شرع الله وحدوده. فليس لمسلم أبداً أن ينتوي الحصول على كسب غير مشروع وليس لحـاكم

---

(١) الصلاة، مقال للشيخ علي الكليب، ضمن كتاب مجموعة رسائل في الصلاة، طبع ونشر الرئاسة العامة لإدارات البحوث... (١٤٠٥هـ ص ١٩٧ وما بعدها والحديث ص ٢٠٩).

(٢) سورة الأنعام من الآية ١٥٣.

(٣) موطأ مالك/ كتاب الأقضية. باب ٢٦.

(٤) سورة البقرة من الآية ٢٣١.

(٥) الشيخ محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ١٣٧٧هـ ص ٦ وما بعدها.

أبداً أن يهدر نصا يحول دون مجرد انتواء ذلك وإلا فلماذا كان قوله تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم** ﴾[١] أو لماذا كان قوله سبحانه: ﴿ **وأحل الله البيع وحرم الربا** ﴾[٢] وقوله جل شانه ﴿ **يمحق الله الربا ويربي الصدقات . .** ﴾[٣] وقوله عز من قائل: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين** ﴾[٤] ﴿ **فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لَا تَظْلِمُونَ ولا تُظْلَمُونَ** ﴾[٥] إن الربا محرم قطعاً في الشريعة، لأن القرض معاونة وأخذ الربا ينفي عنه هذه الصفة ويحوله إلى أداة استغلال وأكل لأموال الناس بالباطل، وكل معاملة أو وسيلة تفضي إلى ذلك فهي باطلة[٦].

والنية السيئة تستهدف مجرد مراءاة الناس. فالمرائي يكون دائماً في حاجة إلى أن يعرض على الناس مفاخره، حتى يراها الناس، ويأخذهم الأعجاب بها، فالمرائي ينشد ثمن مفاخره في تقدير الناس، فهو إن انفق ماله لا يبتغي به وجه الله وهو إن صلى لا ينشد بصلاته مرضاة الله، بل هو يبتغي بإنفاقه، وينشد بصلاته وسائر تصرفاته مدح الناس له واعجابهم به. وهذا منهي عنه شرعاً، وقد توعد الله من أتاه. قال تعالى: ﴿ **يا أيها الذين أمنوا لا تبطلوا صدقاتكم بالمن والأذى كالذي ينفق ماله رئاء الناس** ﴾[٧] وقال سبحانه: ﴿ **فويل للمصلين** ﴾[٨] ﴿ **الذين هم عن صلاتهم ساهون** ﴾[٩] ﴿ **الذين هم يراءون** ﴾[١٠].

فنية المرائي ليست نية سيئة فقط، بل نية خربة كذلك، ولذا فمن أوائل من تسعر بهم نار جهنم من المراءين من قاتل ليقال عنه إنه جريء، ومن تعلم ليقال هو قارىء ومن أنفق ليقول الناس عنه إنه جواد. فقد ورد في صحيح مسلم، في كتاب الجهاد وكتاب الأمارة (باب ٤٣) أن رسول الله ﷺ ذكر من أول خلق الله الذين تسعر بهم

---

(١) سورة النساء من الآية ٢٩ .
(٢) سورة البقرة من الآية ٢٧٥ .
(٣) سورة البقرة من الآية ٢٧٦ .
(٤) سورة البقرة من الآية ٢٧٨ .
(٥) سورة البقرة من الآية ٢٧٩ .
(٦) د. يوسف حامد العالم، حكمة تحريم الرباط ١ (جامعة أم درمان الإسلامية) ص ٨ وما بعدها.
(٧) سورة البقرة من الآية ٢٦٤ .
(٨) سورة الماعون آية ٤ .
(٩) سورة الماعون آية ٥ .
(١٠) سورة الماعون آية ٦ .

جهنم أصنافاً:

الأول : «رجل استشهد فأتي به، فعرفه نعمه، فعرفها، قال: فما عملت فيها؟ قال: قاتلت فيك حتى استشهدت، قال: كذبت، ولكنك قاتلت لأن يقال: جريء، فقد قيل ثم أمر به فسحب على وجهه حتى ألقي في النار».

الثاني : «رجل تعلم العلم وعلمه، وقرأ القرآن، فأتي به، فعرفه نعمه، فعرفها، قال: فما فعلت فيها؟ قال: تعلمت العلم وعلمته، وقرأت فيك القرآن. قال: كذبت ولكنك تعلمت العلم ليقال: عالم، وقرأت القرآن ليقال: هو قاريء فقد قيل، ثم أمر به فسحب على وجهه حتى ألقي في النار».

الثالث : «رجل وسع الله عليه، وأعطاه من أصناف المال كله، فأتي به، فعرفه نعمه فعرفها، قال فما عملت فيها؟ قال ما تركت من سبيل تحب أن ينفق فيها، إلا أنفقت فيها لك، قال: كذبت، ولكنك فعلت ليقال: هو جواد، فقد قيل، ثم أمر به فسحب على وجهه، ثم ألقي في النار».

كذلك فقد روى النسائي عن أبي أمامة الباهلي قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: أرأيت رجلاً غزا يلتمس الأجر والذكر ما له؟ فقال: صلى الله عليه وسلم: «لا شيء له» ثم قال: «إن الله لا يقبل من العمل إلا ما كان له خالصاً، وابتغى به وجهه»(١).

وهناك بيان إلهي بذلك أيضاً نجده في حديث قدسي، عن أبي هريره رضي الله عنه، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قال الله تبارك وتعالى: أنا أغنى الشركاء عن الشرك من عمل عملاً أشرك فيه معي غيري تركته وشركه»(٢).

ولكن ليس للمسلم أن يخاف إن أسر العمل، لا يحب أن يطلع عليه أحد، فيطلع عليه الناس بعد أن يتم فيسره ذلك. فقد قال رسول الله ﷺ عن مثل هذا الرجل «إن له أجران، أجر السر، وأجر العلانية»(٣).

---

(١) سنن النسائي ـ كتاب الجهاد ـ باب من غزا يلتمس الأجر والذكر.

(٢) صحيح مسلم ـ كتاب الزهد ـ باب ٥.

(٣) سنن الترمذي ـ كتاب الزهد ـ باب أعمال السر

كذلك فإنه ليس على الحاج إن هو اشتغل، إلى حد محدود بحياته المادية، كأن يتاجر مثلاً، خلال اشتغاله بواجب روحي هو الحج، طالما ظل الحج هو الأساس، وكان هو الغاية، وظل هو المهيمن على حركة الإنسان، فالحاج يمكن أن يشهد في الحج المنافع، وهذا منصوص عليه صراحة في القرآن. قال تعالى: ﴿ وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالاً وعلى كل ضامر يأتين من كل فج عميق ﴾[1] ﴿ ليشهدوا منافع لهم ويذكروا اسم الله ﴾[2] وقد قال سبحانه: ﴿ ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم ﴾[3].

ويلاحظ أن هناك أموراً ينتفي بها سوء النية كالاضطرار، قال تعالى: ﴿ فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم ﴾[4] كما أن هناك سلاح يعصم الغني من الفرح بغناه ويحول دون سوء نيته، وهذا السلاح هو التقوى، فبها يكون الغنى أمراً لا بأس به. قال ﷺ «لا بأس بالغنى لمن اتقى»[5]. كذلك فإن استعمال أدوات الرفاهية استعمالاً معتدلاً لا تطرف فيه، لا يتوافر معه سوء النية. لقوله ﷺ «إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده»[6]. كذلك فإن اتيان الرخص ينتفي به سوء النية. فقد قال ﷺ «إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يكره أن تؤتى معصيته»[7]. فالنية في هذه الحالات لا تؤدي إلى فساد في القلب يذهب بالاستقامة، ولا تفضي إلى انحراف عن الجادة يذهب بالدين، ولا تنكر نعم الله ولا تتنكر لسنن نبيه، ولكن الحذر الحذر مما يحدث الآن من تهاون استناداً إلى قالة سلامة النية بلا فهم لمضمون ذلك، كما في حالات البدع التي قد تتمكن بمشيئة الله من ذكر شيء عنها وإنها لا يمكن البتة أن تصدر عن نية سليمة[8].

---

(١) سورة الحج آية ٢٧.

(٢) سورة الحج من الآية ٢٨.

(٣) سورة البقرة من الآية ١٩٨.

(٤) سورة المائدة من الآية ٣.

(٥) سنن ابن ماجة ـ كتاب التجارة ـ باب ١.

(٦) انظر في مظهر المسلم الشيخ أبا بكر الجزائري في مؤلفه: رسائل الجزائري ط ٢ ١٤٠١هـ ص ٥٦٧ ـ ٥٦٩. سنن الترمذي ـ كتاب الأدب ـ باب ٥٣.

(٧) مسند الإمام أحمد عن ابن عمر حديث رقم ٥٨٦٦، ٥٨٧٣.

(٨) وانظر الأحاديث الشريفة وشروحها الواردة في ذم التقليد الأعمى والتنافس على الدنيا والفتنة بالنساء وكثرة السؤال والتشدد والاختلاف في الكتاب والتبرك بالأشجار وغيرها واتخاذ القبور مساجد والأعياد المبتدعة، كتاب مناظرة بين الإسلام والنصرانية، ١٤٠٧هـ طبع الرئاسة العامة لادارات البحوث... ص ٤٦٦ ـ ٤٧٩.

٤ ـ النية هي أساس التلقي الصحيح للحقيقة الإيمانية :

كثير من الناس الذين حق عليهم الضلال، يحاربون فكر الإسلام، انطلاقاً من حقد عليه، وبغض لحقائقه؛ لأنها الحقائق الوحيدة الثابتة في هذا الكون، ولذلك تسوء نياتهم وهم ينفثون سمومهم ضد أهم حقائق الإسلام، وأعني بها الحقيقة الإيمانية، تلك الحقيقة التي تقوم على مبدأ التوحيد[1]، الذي يجعل المتلقي مخلصاً في نيته، فلا يضل بضلال الفكر البشري الذي ينشأ بمعزل عن العقيدة، فيكون جزئي النظرة، قاصر التصور، متزعزع الفكرة.

ومن أجل هذا فإن الداعية إلى الله، يجب أن يبحث في أعماق نية الذين يتلقون عنه الحقيقة الإيمانية، فإن وجدهم منطوين على نيات حسنة، كان له أن يثق أنه أمام أساس صحيح لتلقي الحقيقة الايمانية، بما لها من مرتكزات، وبما فيها من أبعاد، وبما تنطوي عليه من تكاليف، فبهذه النية الحسنة يشرح الله الصدور للإيمان، ويهيئها لتلقي كل ما فيه من اسس الهداية، ودوافع العمل المخلص في الدنيا، لنيل النعيم المقيم في الآخرة.

أما إن وجد الداعية، إنه أمام قلوب غلف وآذان صم، تحجرت [illegible] وساءت منهم القصود، وجادلوا في آيات الله بغير سلطان أتاهم، فليعلم أنه إزاء نيات غير سليمة، وقصود سيئة غير سوية ولا مستقيمة، وهؤلاء هم أخطر الذين يدعون إلى الله لأنهم يدعون فلا يستجيبون، واسوأ الذين تتلى عليهم آيات الله لأنها تتلى عليهم فلا يفقهون، ومن يهده من طبع الله على قلبه، [illegible]

[illegible] ما اشتراه.

ورغم سوء النيات، فإن الداعية ملزم بالبدء بالقرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة[2]. يحاول ما استطاع بهدي كتاب الله أن يجعل من يدعوه إلى الله، يشعر بعظمة العبد وهو يتحرر من العبودية للمخلوق، ولا يخضع خضوع عبادة لغير الخالق، ويجب على الداعية أن يحرك المشاعر الطيبة في النفوس الخبيثة، لكي يجاهد المدعو إلى الله نفسه الأمارة بالسوء، ويغالب الشهوات المنحطة منها، ويغالب ضعفها، ويجعلها تستطيع من كل شيء إلا من الله، مصدر الهداية، وأساس الانطلاق صوب العقيدة الصالحة، من يستحق الله بحق، لأنه هو الذي هيأنا لتلقي الحقيقة الإيمانية، دون أن يكون بإمكاننا نحن أن نمتن عليه، بإسلامنا، أو بمعرفة الطريق الحق أمامنا، مصداقاً

---

(١) انظر: احسان الهي ظهير، القاديانية ١٤٠٤هـ ص ١٤ ـ ١٥ في التحذير من مخاطر هؤلاء.

(٢) عدنان النحوي، دور المنهج الرباني في الدعوة الإسلامية ط ٣ (١٤٠٤هـ) ص ١١٧.

لقوله تعالى: ﴿ **يمنون عليك أن أسلموا قل لا تمنوا علي إسلامكم بل الله يمن عليكم أن هداكم للإيمان إن كنتم صادقين** ﴾[1].

على الداعية أن يبين للمتلقي أن الاستجابة لله وللرسول هي استجابة واجبة لأنها استجابة لما يحيي وليست استجابة لما يميت، قال تعالى: ﴿ **يا أيها الذين آمنوا استجيبوا لله وللرسول إذا دعاكم لما يحييكم واعلموا أن الله يحول بين المرء وقلبه وأنه إليه تحشرون** ﴾[2] فالاستجابة للإسلام هي استجابة لما يحيي النفس والروح حياة خير وطاعة في الدنيا، ونعيم مقيم في الآخرة، والاستجابة للحق لا تعني النجاة من كل اختبار أو ابتلاء، فالمسلم لابد أن يختبر وأن يبتلى في ماله ونفسه، بل ولابد أن يسمع من الكفار والمشركين ما يؤله ويؤذيه، ولكنه لابد أن يصبر، حتى ينال الجزاء الأوفى، لقاء نيته الحسنة التي تجعل الحقيقة الإيمانية عندها أبقى وأعظم. قال تعالى: ﴿ **لتبلون في أموالكم وأنفسكم ولتسمعن من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ومن الذين أشركوا أذى كثيراً وإن تصبروا وتتقوا فإن ذلك من عزم الأمور** ﴾[3].

ولكي تتضح معالم فكرة التوحيد، فإن النية لابد أن تنصرف إلى ادراك حقيقة أولية وهي أن دين التوحيد، هو دين يسمو مصدره، وترتفع وسائله، وتعظم غاياته، فهو دين الله، الذي ارتضاه لعباده، وهو دين يحتاج إلى صفاء النفس ونقاء السريرة، فلا عوج في أساليبه، ولا انحراف في دعوته، بل إنه دين سمت غايته، فسمت وسيلته، وعظمت فكرته لأنها تستقر في أعماق مؤمنة ربانية هذه الفكرة، إن الفكرة الإيمانية تنبثق في الإسلام من ضمير المسلم[4]، بعد أن تكون قد تفاعلت مع مشاعره، تبعاً لا نفعاله بها، واحساسه بضرورتها لفهم أحكام الله ومنهجه الذي تصلح به الحياة، باعتباره منهجاً صادراً عن عليم خبير، ثبت بالكتاب والسنة، والقرآن الكريم هو هبة الرحمن للإنسان، وهي هبة ربانية، تؤكد حقيقة الدين الخالص، كما نزل به الروح الأمين على المصطفى صلى الله عليه وسلم، كما بلغه بأمانة مطلقة، لم يداخلها هوى ولم يتطرق إليها شك. فالقرآن نور الهداية إلى الصراط المستقيم. قال تعالى: ﴿ **وكذلك أوحينا إليك روحاً من أمرنا ما كنت تدري ما الكتاب ولا الإيمان ولكن جعلناه نوراً نهدي به من نشاء من عبادنا وإنك لتهدي إلى صراط مستقيم** ﴾[5]

---

(١) سورة الحجرات آية ١٧.
(٢) سورة الأنفال آية ٢٤.
(٣) سورة آل عمران آية ١٨٦.
(٤) فضيلة الشيخ مناع خليل القطان، الشريعة الإسلامية، الدار السعودية للنشر والتوزيع (١٤٠٠هـ) ص ١٠٥ ـ ١٠٧ في صدد أن أرتكاب الجريمة والفساد مبعثه انعدام الضمير الديني.
(٥) سورة الشورى آية ٥٢.

﴿ صراط الله الذي له ما في السماوات وما في الأرض ألا إلى الله تصير الأمور ﴾[١]
والقرآن بهذه المثابة، كان وحياً من الله، استقر في نفس عبد اصطفاه الله واجتباه، فحسنت نية التبليغ الصادق الدقيق لديه، وانعقد عزمه، بعد أن أحس بعظمة مصدره وسمو أصله، على أن ينشر نوره على الكافة كما أنزل. بعيداً عن كل زيغ ونأيا عن كل غواية. أو هوى. قال تعالى: ﴿ والنجم إذا هوى ﴾[٢] ﴿ ما ضل صاحبكم وما غوى ﴾[٣] ﴿ وما ينطق عن الهوى ﴾[٤] ﴿ إن هو إلا وحي يوحى ﴾[٥].

وإذا علم المسلم ذلك عن القرآن، فإن نيته تصفو، وارادته تقوى، ويمضي في عقيدته واثقاً من أنه يتبع دينا مبرأ من كل نقص، أهلاً للثقة المطلقة، لاتفاقه مع الفطرة السليمة والنيات القويمة، ولأنه بسمو مصدره، سهل الإدراك، منطقي التطبيق، التكيف معه بديهي، والانقياد له طبيعي، والأخذ عنه، سمو بإنسانية الإنسان، لأخذه عن مصدر نابع من الملك الديان، لأن الرسول ﷺ بلغه كما هو وكما أمر الله، ولذا قال الله سبحانه وتعالى: ﴿ يا أيها الرسول بلغ ما أنزل إليك من ربك وإن لم تفعل فما بلغت رسالته ﴾[٦]. ولكن كل تلك المؤكدات لسمو مصدر شريعة الإسلام، لا تعني أن الإنسانية كلها ستنقاد إليه، ذلك أن كل إنسان يؤتى بحسب نيته، وهناك من ساءت نياتهم، فبعدت أقدامهم عن طريق الهداية، وحق عليهم أن الله سبحانه وتعالى قد أضلهم، أو لم يهدهم. قال تعالى: ﴿ إنك لا تهدي من أحببت ولكن الله يهدي من يشاء وهو أعلم بالمهتدين ﴾[٧]. وهذا صحيح فالله وحده هو الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور، وهو الأعلم بالنيات، وما تنطوي عليه صدور البشر فيكافئها بمثل ما انطوت عليه ﴿ فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام ومن يرد أن يضله يجعل صدره ضيقاً حرجاً كأنما يصعد في السماء ﴾[٨] وتهيمن فكرة سمو التشريع الإسلامي في العالم الآن، رغم كيد الكائدين من الكفار والعلمانيين وأعداء الدين، وهي فكرة تنطلق من سمو مصدر التشريع ذاته، وهو سمو من مقتضاه وجوب الاحتكام التام في شئون الدين والدنيا إلى كتاب الله وحده، فمن حسن نية المسلم، أن يأخذ بما أمر الله به،

---

(١) سورة الشورى آية ٥٣.
(٢) سورة النجم آية ١.
(٣) سورة النجم آية ٢.
(٤) سورة النجم آية ٣.
(٥) سورة النجم آية ٤.
(٦) سورة المائدة من الآية ٦٧.
(٧) سورة القصص آية ٥٦.
(٨) سورة الأنعام من الآية ١٢٥.

والانتهاء عما نهى عنه، ومما أمر به الله جل شأنه، رد الأمور المتنازع فيها إلى الله والرسول. قال تعالى: ﴿ فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول. . ﴾[١]. وهكذا تكون قيمة السنة التي أتى بها الرسول فهي المصدر الثاني للتشريع الإسلامي والهدي الإيماني النابع من دين الله القيم.

فالإسلام لا يقوم إلا على تصديق، والتصديق لا يتم إلا بنية سليمة صادقة، ومن حسن النية بعد ذلك أن يستمر الإنسان في العمل داخل حدود شرع الله، فالإنسان يتلقى الشرع عن الله، ولا يمكن لأحد أن يدعي كمال التشريع في تشريع آخر من عند غير الله[٢]، ذلك أن للإنسان في الإسلام حدوداً لا يستطيع أن يتجاوزها سواء في الزمان أو المكان أو القدرة على التصور والابداع، لأنه إنسان حادث في الكون، وعمره محدود، فليست له طلاقة القدرة ولا شمول النظرة، ولذا فإنه يفوض ما ينفعه وما يضره إلى الله. فالإنسان لم يخلق ليخلق شرعاً بديلاً عن شرع الله، لأن شرع الله صادر عمن ﴿ لا تدركه الأبصار وهو يدرك الأبصار ﴾[٣] وشرع الله صادر عمن ﴿ ليس كمثله شيء ﴾[٤] وشرع الله صادر عن الفعال لما يريد ﴿ كذلك الله يفعل ما يشاء ﴾[٥]. وشرع الله صادر عمن يملك طلاقة القدرة بين الكاف والنون ﴿ إذا قضى أمراً فإنما يقول له كن فيكون ﴾[٦]. وشرع الله صادر عمن عنده مفاتيح الغيب. قال تعالى: ﴿ وعنده مفاتيح الغيب لا يعلمها إلا هو ﴾[٧]. وإذا كان ذلك كذلك، وكان الثابت على لسان فقهاء العالم كله في كافة المجالات، إن الإنسان عاجز بفعله عجزاً طبيعياً عن فهم الحياة، وكان الله سبحانه وتعالى قد هيأه لعمران الأرض وفقاً للمنحة الإلهية النورانية العقلية المحدودة فإنه من الكفر والجحود أن يحاول هذا الإنسان بعقله القاصر أن يبحث عن منهج للحياة بخلاف منهج الله، أو أن يحاول حكم مشكلات الكون بقانون آخر خلاف شرع مكون هذا الكون. إن مشكلات الحياة لا يحلها إلا قانون صادر عن علم كامل شامل، ولا أشمل ولا أكمل من علم عالم الغيب والشهادة، ولذا فمن سوء النية وعدم سلامة القصد وفساد التصور أن ينسى الإنسان أنه مخلوق وأن المخلوق لا يجب عليه أن يعاند الخالق وإلا فإنه لن يجني ثمرة أخرى خلاف الشقاء

---

(١) سورة النساء من الآية ٥٩.
(٢) فضيلة الشيخ مناع خليل القطاع، الشريعة الإسلامية، المرجع السابق ص ١٠٥ ـ ١٠٧.
(٣) سورة الأنعام من الآية ١٠٣.
(٤) سورة الشورى من الآية ١١.
(٥) سورة آل عمران من الآية ٤٠.
(٦) سورة آل عمران من الآية ٤٧.
(٧) سورة الأنعام من الآية ٥٩.

والتعاسة والتمزق والضياع ومحصلة كل ذلك هو الضلال المبين.

إن سمو التشريع الإسلامي تبعاً لسمو مصدره يستلزم ثبات هذا التشريع واستمراره ليضبط كافة مناحي الحياة إلى يوم قيام الساعة، وإذا شك مسلم في ذلك فقد فقد الأساس الداخلي للتصديق وهو النية السليمة إن من سوء النية تصور أن شرع الله جاء ليحكم بعض مناحي الحياة، أو حتى تصور أنه جاء ليحكم كل مناحي الحياة لكن في عصر واحد أو مجموعة عصور فقط، إن ذلك يعني الإيمان الجزئي والمؤقت بالله، وهذا ليس ايماناً على الإطلاق إن كل الحلول التشريعية يجب أن تحتكم إلى مصادر التشريع الإسلامي من كتاب وسنة واجماع، أو ترد إلى هذه الأمور، وإلا تاه الإنسان ولم يجد حلاً لمشكلات الحياة.

وبيان ذلك أن التطور الذي يصيب شتى مناحي الحياة، كان من البداية معلوماً لله، وإلا فلماذا منح الله الخلق العقل، كما كان معلوماً لله سبحانه مقدار النوازل التي تجد للبشرية والأقضية التي تحدث والواقعات التي تنزل، وبعلم الله وعدله صاغ للضمير الإنساني مجموعة من القواعد التي يمكن من خلالها ضبط هذه النوازل وحسم هذه القضايا وحل تلك الواقعات، ولو كانت هذه القواعد من عند غير الله لقصرت عن ضبط شتى مناحي الحياة، أو لكانت غير قادرة على مسايرة التطور عبر العصور، ولكن لأنها من لدن حكيم خبير، فإن الباحث فيها، كقواعد تشريعية، ذات حكم الهية بالغة، يجد أن ثباتها يعني صدقها، وصدقها يعني سموها، وسموها يعني صدورها عن خلاق عليم، ولذا كان استمرارها في الزمان واجباً حتى يرث الله الأرض ومن عليها، واستمرارها لا يعني عدم امكان اللجوء إلى سواها، فطالما أن سواها كان مردوداً دائماً إليها فهو منها، وتكون قوته كقوتها، ولكن ما يرد إليها يجب ألا يكون قد ورد فيه نص، فإن النص واجب الاعمال، ولا اجتهاد في مواجهة النصوص، وإنما يمكن الاجتهاد من منطلق اصول الشريعة واستناداً إليها، ودورانا في فلكها، فالإنسان محكوم بثوابت التشريع الإسلامي، وأي نص يخالفه إنما هو هدر لا قيمة له، ولا يجب اتباعه، ﴿ وما يتبع أكثرهم إلا ظنا إن الظن لا يغني عن الحق شيئا ﴾[1]. فكل ما ليس له أصل في شرع الله فهو ظن والظن لا يغني عن الحق شيئاً.

إن النية الحسنة يجب أن تدفع المؤمن إلى اعتقاد أن ثبات التشريع الإسلامي لا يعني جموده فطالما اتفقنا على أن الثوابت التشريعية واجبة الاحترام لأنها من صـ

---

(١) سورة يونس من الآية ٣٦.

الخبير العليم والصنعة الإلهية أقوى وأمتن من أي صنعة بشرية، وهل يستطيع المخلوق أن يعاند الخالق؟ طالما اتفقنا على ذلك، وجب اعمال مقتضى ذلك، وهو ان الاجتهاد في ضوء الثوابت الواردة في الكتاب والسنة ليس محظوراً، بل مطلوب، وهذا أمر جلي في الشريعة الغراء حيث أقر رسول الله ﷺ معاذاً بن جبل عليه عندما أرسله قاضياً باليمن. ومعنى ذلك أن الاجتهاد لا يطور الثوابت، بل يواجه التطورات من خلال الاجتهاد دون خروج على هذه الثوابت، وفهم ذلك ليس من نصيب العامة، بل هو من نصيب خاصة الخاصة في الشريعة ممن تتوافر فيهم شروط الاجتهاد[1].

وثوابت الدين الإسلامي هي بذاتها ثوابت التشريع الإسلامي، بدونها لا يستقيم الكون، فليس لكائن من كان أن يجتهد أي اجتهاد يتعلق بالحقيقة الإلهية[2]، فالله واحد، أحد، فرد، صمد، لم يلد، ولم يولد، ولم يكن له كفواً أحد. ووجود الله وأزليته وسرمديته وقدرته وكل صفاته هي أمور لا حق لكائن من كان الاجتهاد فيها وهذه أمور تستلزمها سلامة النية ومن يجادل في ذلك فقد ساءت نيته وفقد اخلاصه ومصداقيته.

وليس لكائن من كان أن يجتهد على خلاف ما هو ثابت من حقيقة توحيد الإلوهية والربوبية وحقيقة العبودية لله، وحقائق الإيمان بأن هذا الكون هو من ابداع الله وحده، وما يستلزمه ذلك من الإيمان بالله سبحانه وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر والقدر خيره وشره، وأن الدين عند الله الإسلام، وأنه لا دين بعد الإسلام سوى الإسلام، وإن الحكمة من خلق الجن والإنسان هي عبادة الله وأن الإنسان مكرم على ما عداه، وإن دنياه هي دار ابتلاء وعمل وأن أخراه هي دار الحساب والجزاء، وأن مرد الأمور كلها إلى الله الواحد القهار كذلك فإنه ليس لكائن من كان أن يجتهد على خلاف ما ورد بالقرآن الكريم من آيات تتعلق بالدين وأصوله، والشريعة وجوهرها، وأحكام العبادات والمعاملات وآيات الأحكام التي استنها الله لعباده. وعليه فلا ربا تحت أي اسم اجتهادي آخر، ولا أكل لأموال الناس بالباطل، والوفاء بالعقود واجب، وعدم الأضرار بالغير مبدأ اساسي من مباديء الإسلام، كذلك ليس لكائن من كان أن يجمد الحدود أو يوقف القصاص أو يحظر الديات، أو أن ينقض التعازير، أو أن يسير معاملات الناس على أساس قوانين وضعية جائرة أو متنافية كلياً أو جزئياً مع ما ورد في الكتاب والسنة.

---

(١) انظر: الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ج ٢ المدخل الفقهي العام ١٣٨٣هـ ص ٩٢٢ بند ٤٢.

(٢) ولكن انظر في الشيعة الغلاة: د. صابر طعيمة، دراسات في الفرق ط ٢ (١٤٠٤هـ) الرياض ص ١٦.

وليس لأحد أن يجتهد على خلاف حديث نبوي شريف(١) يضع حكماً يتعلق بالعقيدة أو العبادة أو المعاملات الإنسانية.

ولم يأمرنا الله سبحانه باتباع منهجه المتمثل في اتباع المأمورات واجتناب المنهيات، إلا من أجل صلاح حالنا في ديننا ودنيانا، وصيانة أنفسنا من الهلاك، وحماية وجودنا من التعاند والانحراف والفساد. قال تعالى: ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن... ﴾(٢).

والذي ينظر في أحوال الناس الآن يجد الدائرة تدور على دعاة التحلل من القيم فيحترقون بنار الفتنة التي أشعلوا نارها، تحت اسم التجديد، والتطور، والانطلاق ذلك أن أي تجديد يخرج على غير الإسلام هو في الحقيقة تخريب للقيم، وأي تطور لا يأخذ بأسباب الصلاح الديني هو انحراف عن الجادة، وأي انطلاق مجرد عن القيم وعار عن مستلزمات اصول العقيدة مآله السقوط إلى الحضيض، ولذلك فإن استغلال طيش الشباب في سن معينة ممن لم ينالوا حظهم من التربية الإسلامية وجعله متمرداً على قيمه الإسلامية الثابتة هو استغلال اجرامي، سواء غذته الأيدي المعادية مباشرة، أو بثته من خلال اجهزة اعلام غير مسئولة(٣) ولا تقوم الرقابة فيها على فكرة عقدية إيمانية قوية. إن ما يشهد لثوابت الإسلام بالعظمة ولمصدره بالسمو أن كافة الأنظمة النظرية الوضعية المعاصرة، باءت بالفشل، وإذا كانت الفكرة البراقة للشباب في وقت ما هي فكرة الماركسية والحكم الشيوعي، فإن النظرية الماركسية قد انقضت نهائياً، يوم خرج الروس أنفسهم على اصولها خروجاً افرغها من مضمونها وأكد قصور واضعيها وفساد قوانينها، وأخر هذه المظاهر التي تؤكد انقضاءها هو فكرة البروسترويكا أو إعادة البناء التي ابتدعها جورباتشوف والتي اثبتت أنه ليس هناك شيء اسمه الشيوعية، كذلك فإن فساد النظرية الرأسمالية المطلقة قد أكدت أن دين الإسلام وهو دين الوسطية قد انطوى على ما يصلح نفس الإنسان ببناء عقيدته على مساواته بغيره في الخضوع للديان وحده، وعلى ما يصلح حياته وذلك بجعل العمل هو أساس الكسب الشريف، وما يصلح مستقبله بمنحه ثوابت لا يجوز له الانحراف عنها، لأنها من صنع الحكيم الخبير وعدم الثبات في الأساسيات يجعل مآل الدول إلى زوال، وأما ثوابت الإسلام فقد جعلته الدين القيم

---

(١) انظر أمثلة في: الاحتجاج بالأثر على من أنكر المهدي المنتظر للشيخ حمود بن عبدالله التويجري ١٤٠٣هـ ج ١ ص ٣٠١.

(٢) سورة المؤمنون من الآية ٧١.

(٣) الشيخ عبدالله بن إبراهيم الأنصاري، رسالة الإعلام في بلاد الإسلام. بحث مقدم لمؤتمر توجيه الدعوة (١٤٠٠هـ) ص ١٠٠ ـ ١٠٥.

الذي لا يكل الناس إلى المتغيرات، ولو لم يكن هذا الدين القيم من عند الله لتضاربت أحكامه ولتهاترت اصوله، ولما ظلت صالحة حتى الآن لضبط حركة الناس في الحياة والمجتمع. انه (ليس بين الحق والباطل طرف ثالث مقبول لله)[1] قال تعالى: ﴿ فماذا بعد الحق إلا الضلال.. ﴾[2].

٦ ـ النية بهذه المثابة لا تنتفي بوجود الشكل:

وعلى أساس ما تقدم، فإن النية تقوم بدور هام في المجال العقدي، وهو دور واضح في مجال المعاملات والعادات أيضاً، ولذا فإن أي منظم لا يستطيع من خلال أي نص أن يلغي وجود هذه النية حتى وان تعلق الأمر بوجود عقود شكلية، لأنه لا طقوس في الإسلام والأصل هو الرضائية التي تنبني على الإرادة والنية فإذا استلزمت المصلحة وجود شكل فإن هذا الشكل، سواء كان شكل انعقاد، أو شكل شهر، أو شكل اثبات، لا يذهب بهذه النية على الاطلاق بل تظل العبرة بالنية أساساً.

---

(١) الشيخ عبدالرحمن بن محمد الدوسري، صفوة الآثار والمفاهيم من تفسير القرآن العظيم ط ١ (١٤٠١هـ) ص ٥٣.

(٢) سورة يونس من الآية ٣٢.

الخلاصـــة

يخطيء كثير من الباحثين في حق الشريعة الغراء، عندما يحاولون تقريبها من الفقه الروماني أو القانون الكنسي، سواء بحسن نية أو بسوءنية، لأن النية الصادقة تستلزم اليقظة في معالجة كليات وجزئيات فقه الشريعة الغراء، لذا فتقريب الدكتور محمد يوسف موسى رحمه الله بين بعض العقود الإسلامية من بعض التصرفات الرومانية مثل الاشهاد Manicipation هو قول غير سديد، وترجمة اصطلاح Pact Sunt Servanda بآية «إن العهد كان مسئولاً» كما فعل الدكتور صوفي أبو طالب هو أمر غير سديد وأثر على مدى دقة بحثه سلطان الإرادة في القانون الروماني، وإشارات الدكتور شفيق شحاته في رسالته بالفرنسية: نظرية الالتزامات في الشريعة الإسلامية، إلى بعض ما يعتقده مظاهر قصور في التصور الإسلامي خطأ.

فالاتفاقات ملزمة، ولكن الإسلام وحده هو الذي أرسى دعائم المسئولية عن العهد وأمر بوجوب الوفاء بالعقود. ومن هذا المنطلق كان لابد من بحوث عديدة تبين تغاير فكر ومنهج وذاتية أو استقلال فقه الشريعة الغراء وملخص البحث ما يلي:

أولاً: أفكار اساسية:

١ ـ إن الشريعة الإسلامية تقوم على أساس رعاية المصالح المعتبرة لذا فإن الأصل فيها هو البساطة في التعامل والاعتداد بنية الإنسان في كل أمور دينه ودنياه.

٢ ـ ولتحقيق هذه المصلحة أيضاً فإنه لا مانع شرعاً من اعمال فكرة الشكلية في العقود، سواء تعلق الأمر بشكل انعقاد Form de passation أو شكل شهر Form de publicite أو شكل اثبات Form de la preuve.

٣ ـ ولكن الاعتداد بالشكل لا يؤدي ـ لمجرد وجود الشكل ـ إلى مشروعية عقد باطل.

٤ ـ كما أن اشتراط شكل لفظي في الشريعة لا ينفي وجوب وجود النية.

٥ ـ إن اشتراط القبض والرسمية في بعض العقود لا ينفي وجوب مجرد الإرادة و [illegible]

٦ ـ إن استلزام شكل للشهر أو الإثبات لا يحول دون الاعتداد أساساً بالارادة والنيه.

ثانياً: وقفة تأصيلية:

١ ـ ولكل ما تقدم فإن دورا الإرادة والنية محكوم بأحاديث نبوية شريفة منها قوله ﷺ «إنما الأعمال بالنيات...».

٢ ـ فالنية اطار تتحرك فيه الإرادة الإنسانية لتحقيق غايات نبيلة.

٣ ـ والنية اساسية في مسائل العبادات فلا تقبل عبادة بلا نية.

٤ ـ والنية هي أساس عقيدة التوحيد.

٥ ـ وكلما حسنت النية كلما اتجهت في كل امورها، ومنها ما يتعلق بعاداتها ومعاملاتها وعقودها، إلى امتثال أوامر الله واجتناب نواهيه.

٦ ـ أما سوء النية فيعني تنكب طريق الخير العام والفضيلة الإنسانية ومراءاة الناس.

٧ ـ النية هي الأساس الصائب والصادق والصحيح لتلقي الحقيقة الإيمانية.

٨ ـ إن سمو التشريع الإسلامي تبعاً لسمو مصدره يستلزم تحكيمه في كل أمور الحياة ولازم ذلك الاعتداد دائماً بفكرة النية.

٩ ـ والنية بهذه المثابة لا تنفي امكان وجود الشكل ولا تنتفي بوجوده سواء كان شكل انعقاد أم شهر أم أثبات.

هذا وبالله التوفيـق..،

تلخيص موضوع المقاصد والنيات

Vol. II Sixth edition 1990 Contemporary Jurisprudence Research Journal

WILL AND INTENTIONS

Dr. Muhammad Ibn Muhammad Shita Abu Sa'ad

1. The fundamentality in the Islamic Shari'a is to arbitrate the principle of acceptance in the conclusion of contracts, a simple principle which is founded on simplicity in dealings and on the good intention of the two parties in contracting. It is not necessary for the conclusion of contracts to go through certain procedures and formalities and it is not necessary to do the same for the transfer of ownership.

   The significance of intention does not only dominate the field of contracts and behaviour, but also intermingles in the individual's practice of the rituals of his belief, his worship and his habits. This is an important issue in the Islamic faith which should always be considered, because the entity of Islam is found in the independence of the foundations of the principles of its Shari'a which has never been affected by any foreign school of thought, the Roman one or otherwise. As to this matter of contracting, agreement and acceptance are quite sufficient for the conclusion of a contract in the Islamic Shari'a. In the Shari'a the contract takes effect once it is concluded without the need for certain formalities.

   But, nevertheless, it should not be understood that the Islamic Shar'ia pays no attention to the consideration of interests, or it obstructs all that fulfils the aims of the contrcting parties, as long as these aims are of a Shari'a character. Considering all this, there would be no objection as to the application of the idea of formalities in the conclusion of contracts, be that in the form of conclusion or confirmation or the conditioning of the contract registration so that ownership would be transferred, where the

* Ex-Prafessor in a number of Arab Universities. Counselor in the Egyptian court of Appeals.

formality in this case would be an aspect of declaration.

Formality does not contradict the will in the Islamic Jurisprudence, and does not cancel the intention but the significance of intention is merely a means for the achievement of a considered interest and to prevent the false possession of other people's property.
The consideration of formality should lead to the legalization of any of those contracts which were prohibited by the Shari'a; such as (Bayie Al Hasat) and (Bayie Al Mulamasa).

2. The preconditioning of a certain verbal form in the Shari'a does not refute the necessity of the presence of intention in all actions even if that matter was connected with any other form, because consideration is given to the meanings and aims and not to the words and structures as stated in the juristic principle. This principle is connected mainly with explanation and meaning. If the jurists needed a certain word or expression for the conclusion of a contract and said that contract cannot be concluded without the insertion of that expression, even that would not cancel the will and the intention, but rather confirms them. For instance a marriage contract will not be concluded without the utterance of the marriage words, according to some jurists. The right thing is what Ibn Al Qayyim acknowledged in his saying: "The true is to follow the words or expressions of worshipping and abide by them, but in the contracts and dealings, their aims and objectives are the ones to be followed using any sort of words or expressions if Allah and His Apostle did not ordain certain expression which we should not trespass".

3. The precondition of Al Qabd (possession) or the requisite of formalization as a system does not mean the forming of a contract without the presence of a will or intention. Al Qabd (possession) in the contracts of kind or the conditioning of certification in the formal contracts, would not purify the contract from what is found in it as defects as far as the will or intention are concerned. The prerequisition of Al Qabd (possession) or the formalization does not mean absolutely the forming of a contract on them alone, without the fundamentals; consideration of the will and the intention. The wisdom behind the conditioning of Al Qabd (possession) - which is in most cases connected with the donation contracts - is for the protection of the donor from what might prove to be a rash act from his part. Donation is charity which is

Vol. II Sixth edition 1990 Contemporary Jurisprudence Research Journal

confirmed only by Al Qabd (possession) except in the will. The main objective of formality is to show the contracting party the seriousness of the action he is going to take. Hence it cannot be imagined that the aim of protection is to destroy the bases of protection which is the will and full intention.

4. The prerequisition of a form for documentation does not mean cancellation of intention. The conditioning of a form for documentation such as writing, whether formal or conventional would not mean that the form of documentation will replace the intention. The intention is connected with the conclusion of the contract, and the documentation is connected with the claiming of the right.

The Role of Will and Intention from Contractual Cases

1. Considering all of what is previously mentioned, the role of the will and the intention is confirmed by some sayings from the Prophet Muhammad, peace be upon him, who said, "Deeds are made through intentions, and that everybody will have what one intends to have. The one whose (Hijra) migration is to Allah and His Apostle, his Hijra will be to Allah and His Apostle,and the one whose Hijra is to us, he will get it or to a woman for marrying her, his Hijra will be to what he intended to migrate to".[1]

   The intentions are the bases of all the deeds of man. The deeds will be good if the intentions were good, and the deeds will be bad if the intentions were bad. According to these intentions man will reap the fruits of his deeds and hence it is not permissible to separate between the intention and the deeds of man.

2. The intention is the framework within which the human will work to achieve its higher goals. The good intention should be available in all the deeds of the muslim whether in his worships, his customs and his dealings.

3. The good intention is the intention which acts in the framework of following the ordinances of Allah and abstaining from His prohibitions. It is the kind of intention which is disconnected from

---

1. Narrated by Bukhari & Muslim.

the effects of the creatures and connected with the obediences of the Creator, a connection of worship and submission and refrain from the whims and desires or the appeasement of other people or being hypocrite.

4. The bad intention is the intention which misses the path of good and the human virtue, because it does not respond to the goal of the Wise Legislator and does not follow the straight way, but on the contrary, it does harm to others or have hypocrisy as an aim.

5. The intention is the foundation of the correct receiving of the truth of faith. The intention should extend to the realization of this basic truth which is the religion of unification, a religion of a higher source and higher means and of greater aims; that is the religion of Allah which He wanted it for His servants. It is the religion which claims the purity of the self and the purity of the soul. There is no contradiction in its means and no inclination in its call. The idea of faith in Islam emanates from within the muslim himself after it interacts with his feelings and his emotions, finding its necessity for the understanding of the rules of Allah and His method through which life can be better in consideration that it is a method from Allah who is All knowing.

   Islam is only founded on believing and believing is not completed except by means of a true and correct intention. As confirmation of this good intention man should continue doing the good deeds within the limits of the legislation from Allah. Man receives this legislation from Allah and nobody can proclaim the completness of another legislation other than that from Almighty Allah.

6. The greatness of the Islamic legislation is derived from the greatness of its source, the thing which requires the firmness of this legislation and its continuity in controlling all the aspects of life until the Day of Judgment. If a muslim has any suspicion about this fact, he would have lost the inner foundation of believing, which is the correct intention. It is considered bad intention to think that the legislation of Allah was sent down to control some aspects of life or even to control all aspects of life, but in one era or a number of eras only. This would only mean the partial faith or the temporary faith in Allah and that is not faith at all. The Shar'ia solutions of man's problems should arbitrate the source of the Islamic legislation as in the Book (Qur'an) and the Sunnah and the majority opinion or refer to them, otherwise man will go astray and will not find any solutions to his problems.

. '' Sixth edition 1990 Contemporary Jurisprudence Research Journal

The good intention should lead the believer to confirm his belief that the firmness of the Islamic legislation does not mean in any way its stagnation but that the corner stones of the Islamic religion are the same corner stones of its legislation, without which the world will not maintain its stability. No creature, whoever he is can make his own independent reasoning as regarding Devine Truth. Allah is One. Nobody can have an independent reasoning to contradict what was narrated in the Qura'an as verses concerning religion, its fundamentals, the Shari'a and its essence, the judgments on worships and dealings, the verses of the rules which Allah prescribed for His servants and so usury is prohibited even if it comes under any invented name by way of independent reasoning. Also nobody can have an independent reasoning contrary to the Hadith with regards to the conviction or the worship or the human transactions.

What stands witness to the greatness of Islam and the greatness of its source is the decline and failure of all the contemporary secular systems.

It can be concluded here that the intention does not exclude the possibility of the presence of formality and also that formality does exclude the presence of intention whether a formality of the conclusion or the declaration or the documentation.

طبيعة وحالات الالتزام الخلقي في الاسلام

الدكتور/ محمد محمد شتا أبوسعد(*)

تمهيد

الحمد لله ربِّ العالمين، امر بالوفاء بالعقود أمراً مطلقاً في الزمان والمكان، فقال عزّ من قائل: ﴿ ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود ﴾(١)، واشهد أن لا إله إلا الله، امتدح من يحترمون مواثيقهم، ويَفُون بوعودهم ﴿ الذين يوفون بعهد الله ولا ينقضون الميثاق ﴾(٢)، وأشهد أن محمدًا عبدُ الله ورسوله، إمام المتقين، ورحمة الله للعالمين، بلَّغ الرسالة، وأدّى الأمانة، أداء الصادق الأمين، ونصح الأمة، ولم يصلِّ أبدًا على أحد ماتَ وعليه ديْن، بياناً لأهمية الوفاء بالحقوق، وأداء الأمانات، وتنفيذ الألتزامات، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد: فإن الإنسان في هذه الحياة قلما يخلو حالُه من أمرين: إما أن يكون دائناً وإما أن يكون مديناً، فإن كان دائنًا فمن حقه أن يستوفي حقوقه مهما تقادم الزمن عليها، دون مطالبة بها، وإن كان مديناً فمن واجبه الوفاء بما يثقل كاهله من التزامات، مهما تقادم الزمن عليها، دون أن يطالبه الدائن بأدائها، ذلك أن الحق، وهو الصورة الإيجابية للمدين، أو الالتزام، وهو الوجه السلبي له إذا مضت عليه مدة طويلة، تعذر سماع دعوى المطالبة

(*) مستشار (قاضي) بمحكمة استئناف القاهرة ومستشار التأمينات الاجتماعية بالرياض، أستاذ سابق بجامعات الأزهر والقاهرة (بالقاهرة وبني سويف والخرطوم) وأم درمان الإسلامية ووهران بالجزائر والملك سعود بالرياض والمركز القومي للدراسات القضائية بمصر.

(١) سورة المائدة، من الآية ١.

(٢) سورة الرعد، الآية: ٢٠

به[١]، بمعنى أنه لا يمكن إجبار المدين على الوفاء به لسبب إجرائي لا موضوعي، ومع ذلك فإن الأخلاق، في الإسلام، تلزمه بالوفاء اختيارًا بما عليه من التزام، وهذا ما يعرف بالالتزام الخلقي[٢]، فما هي طبيعة هذا الالتزام، وما هي حالات هذا الالتزام؟ أعرض، بمشيئة الله تعالى، لهاتين المسألتين في مبحثين مُتتابعين ونعقِّب بمبحث ثالث وجيز في بيان أثر عدم الوفاء بالالتزام الخلقي.

المبحث الأول: في طبيعة الالتزام الخلقي.

المبحث الثاني: في حالات الالتزام الخلقي.

المبحث الثالث: أثر عدم الوفاء بالالتزام الخلقي.

---

(١) في تأصيل فكرة التقادم والقول بابتنائها على المصالح المرسلة، وبيان أن المقصود منها هو منع القاضي من سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة منعا للتحايل، انظر: الدكتور عبد الرحمن بن حسن النفيسه، الطرق العامة أحكامها والمسئولية عنها، مجلة البحوث الفقهية المعاصر، عدد ١١ (ربيع الآخر - جمادي الآخرة ١٤١٢هـ) ص١١٩؛ الشيخ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط٩ ص٢٢٠ أشار إليه المرجع السابق.

(٢) د. عبد الرحمن بن حسن النفيسه، البحث السابق، ص١٣١ - ١٣٢ في تطبيق فكرة المسئولية الخلقية بشأن إزالة الأذى والضرر عن الطريق العام.

المبحث الأول

طبيعة الالتزام الخلقي في الاسلام

أولاً: فكرة الالتزام الخلقي:

مُضيّ الزمن، يفضي إلى عدم سماع الدعوى، سواء تعلق الأمر بدعوى عين، كدعوى الملكية والحيازة[(١)]، أو انصرف إلى دعوى دين.

والمحصلة النهائية لعدم سماع الدعوى يوجِدُ تصورًا بأن الحق يسقط، ويقال في هذه الحالة إن التزام المدين لم يعد مشمولاً بحماية القضاء له، وبالتالي لم يعد ممكناً الإلزام به، لأن الحق تقادم، ولم تعد له دعوى تحميه.

وعلى ذلك فإن من وضع يده على عقار أو غيره مدة مانعة من سماع الدعوى، فإنه لا يجوز للقاضي سماعها[(٢)]، والمدد التي تمنع من سماع الدعوى تتراوح بين خمسة عشر عاماً وبين ثلاث وثلاثين سنة، وجعلها الإمام مالك عشر سنوات بالنسبة لحيازة العقار إذا كان الحائز أجنبياً، فإن كان قريباً فإن المدة تصل إلى ستين سنة، وأما في المنقولات فإنها قد تكون سنة واحدة بالنسبة للثوب وثلاث سنين بالنسبة لدابة الركوب وأثاث المنزل، وأما في الديون الثابتة في الذمة، فإن مدد تقادمها تتراوح بين عشرين سنة حال عدم وجود عذر، وقيل إن مدة التقادم تصل إلى ثلاثين سنة، واختار ابن رشد أنها لا تتقادم البتة بسبب ثبوتها في الذمة، لخبر «لا يبطل حق امريء مسلم وإن قدم» وقيل إن الأمر يترك لاجتهاد القاضي، لكي يقدر مدة التقادم في كل حالة على حدة[(٣)].

---

(١) انظر الهداية مع فتح القدير للكمال بن الهمام ط المكتبة التجارية بمصر ج٨ ص٢٣٨ ومابعدها؛ وتكملة حاشية ابن عابدين، ط٢ لبنان ١٤٠٧هـ (دار احياء التراث العربي) ج٧ ص٤٩٠ ومابعدها؛ تبصرة الحكام لابن فرحون ط١ ج١ ص١٩٢؛ المغني لابن قدامة الحنبلي، مكتبة الرياض الحديثة ١٩٨١م ج٩ ص٣٠١؛ كشاف القناع ج٦ ص٢٤٢.

٢) اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، في تحصيل بعض الآراء الفقهية، في ثنايا البحث المعنون: التقادم في مسألة وضع اليد، مجلة البحوث الإسلامية، العدد الثلاثون، ربيع الأول ـ جمادى الآخرة ١٤١١هـ ص٢١، وحتى لا يتشعب البحث انظر المواد ١٥١، ١٥٢، ١٥٣، ١٥٥، ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٥٩، ١٦٠ من مرشد الحيران، ونصوصها بهوامش البحث المشار إليه ص٢٠ ـ ٢٤.

(٣) شرح الدسوقي على الشرح الكبير، لأبي البركات سيدي أحمد الدردير، ط عيسى البابي الحلبي وشركاه، مصر ج٤ ص٢١٧ ومابعدها؛ اللجنة الدائمة للبحوث العلمية والافتاء، المرجع السابق ص٢٤ =

وتأسيساً على ما تقدم، فإن الالتزام سواء كان التزاماً عين منصباً على عيناً، أو التزاماً شخصياً متعلقاً بدين، وسواء نجم عن واقعة مادية كالحيازة دون حق شرعي يثبت الحق فيها، وكالفعل الضار المفضي إلى الضمان، أو الفعل النافع الذي يستوجب رد ما حصل عليه شخص من آخر دون وجه حق، أو نجم عن عقد أو إرادة منفردة، يستلزم قيام المدين بالوفاء، فإن مضت مدة طويلة تمنع من سماع الدعوى، كان على المدين التزام خلقي بالوفاء بالدين، استناداً إلى الأخلاق الإسلامية التي تعتبر جزءاً لا يتجزأ من العقيدة.

ومعنى ذلك أن الوفاء لا يكون متروكاً لمحض إرادة المدين، إن شاء وفى وإن شاء لم يوفِّ، وإنما يستند إلى الإلزام الأخلاقي الشرعي، فالأخلاق في الإسلام تلزم، دونما حاجة إلى مبررات واهية للقول بأن الالتزام متى فقد عنصر الإلزام، فإنه يصبح غير ملزم، لأن عنصر المديونية الذي لا يمكن سماع الدعوى للمطالبة به، وبالتالي لا يجوز الوفاء به، فهذا القول يتناسى أن الأخلاق في الإسلام تلزم المدين بالوفاء، لأنها جزء من العقيدة، أو هي واجب ديانةً.

ثانيًا: منطوق نظرية الالتزام الخلقي أو الواجب ديانةً:

ليس من المقبول التعبير عن نظرية الالتزام الخلقي، باصطلاح الالتزام الطبيعي، لأن هذا الاصطلاح الأخير يباعد بين الالتزام وبين الالتزام الخلقي أو الواجب الخلقي أو الواجب ديانةً، حيث يعني في إطلاق أول أن الالتزام الطبيعي هو حق تنقصه الدعوى التي تحميه وأن مصدره هو الالتزام المتحلل، أي الذي فقد عنصر الإكراه، وتحلل إلى دين لا يشمله الجـزاء، ففقـد عنصر الإكراه، أو الإجبار على الوفاء، وهذا قول يفصل بين الأخلاق وبين المصادر الشرعية الأخرى للإلتزام.

كما يعني هذا الاصطلاح غير المقبول، وفق إطلاق ثان، أن الالتزام الذي لا يشمله الشرع بجـزاء، هو مجرد واجب أدبي، أي مجرد دين بلا إكراه، مع إمكان تنفيذ هذا الالتزام اختياراً لا إجباراً.

= واشارتها إلى مرشد الحيران وشرحه ص ١٤ ومابعدها. وأيًا ماكان الأمر فإن مدد عدم سماع الدعوى بالحق تختلف اختلافا كبيرا بحسب نظرة الفقهاء للأمور وتأصيلهم لها، وبحسب ما إذا كان هناك عذرا ولم يكن، والمدُ تتراوح في الجملة، بين عام، وستين عاما، واكثر.

والحق أن هذا الإطلاق يفوق الإطلاق الأول قصوراً، لأنه لا يجوز تصور وجود الأخلاق في ظل الشريعة الغراء، دون عنصر الإلزام اللصيق بها، فالأخلاق في الإسلام هي واجبات دينية ملزمة، وليست مجرد واجب أدبي.

إن نظرية الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانةً في الإسلام، تعني أن الشخص إذا كان مدينًا وزال الموجب القضائي لسماع دعوى دائنه، يتعين عليه، أن يستجيب للواجب الديني أو الأخلاق الشرعية، وذلك بالوفاء بما يثق كاهله من التزام، وبعبارة أخرى، فإن النظرية الإسلامية لما يعرف بالالتزام الطبيعي، تَشفُّ عن نظرية عَقَدية شرعية لاوضعية، تقوم على فكرة الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانة، وحاصل منطوقها، أن الأخلاق جزء لايتجزأ من الشريعة الإسلامية، وهي مصدر أصلي للإلزام، فكل نص شرعي يلزم المسلم بشيء أو عمل، فإن الأخلاق الإسلامية تسانده، فإذا انتفى النص الشرعي أو لم يكن النص منطبقًا على الحالة، قامت الأخلاق وحدها بالإلزام، فالواجب ديانة هو التزام ملزمٌ أخلاقًا، أي باعتبار الأخلاق جزءًا من التشريع الإسلامي، وتلك نظرية إسلامية لاندَّ لها ولانظير في العالم كله، قاصية ودانية.

ثالثًا: تحليل المنطوق:

وتحليل هذا المنطوق، الذي كان ثمرة تأمُّل دؤوب في مصادر التشريع الإسلامي وأدلته يتم من خلاله المقدمات الآتية:

١ ـ إن الالتزام الخلقي في الإسلامي هو جزء لايتجزأ من التشريع الإسلامي:

وبيـان ذلك أن التشريع الإسلامي يضبط الأحكام الاعتقادية[1] ـ إخبارًا ومنه التوحيد، وإنشاءً ومنه الأمر والنهي[2] ـ والأحكام العملية[3] ومنها كافة أعمال المكلف

---

(١) ابن جُزَيٍّ، القوانين الفقهية ط١ تونس ص١٣؛ د. صالح بن فوزان الفوزان، الارشاد إلى صحيح الاعتقاد، الرياض ١٤١٠هـ ج١ ص٦ شيخ الإسلام ابن تيمية، الاستقامة، ط١ جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلامية ١٤٠٤هـ ص١٩٨ ـ ١٩٩؛ الغزالي خليل.

(٢) عيد، تفسير سورة الانفال، الرياض ١٤٠١هـ ص٢١، ٥١؛ الزمخشري، الكشاف عن حقائق التنزيل ج٤ دار المعرفة بيروت ص٢٤٢ ومابعدها بصدد تفسير سورة الاخلاص؛ ابن العربي، احكام القرآن مجلد٢ قسم٤ دار الفكر ص١٩٩٥.

(٣) الشيخ محمد الزفزاف، تصرفات المريض، مذكرات دكتوراه بحقوق القاهرة ١٩٦٨م ص١ ـ ٥؛ الشيخ مناع خليل القطان، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية ١٤٠٥هـ (الرياض) ص٨؛ د. محمد شتا أبو سعد، المقاصد والنيات مجلة البحوث الفقهية المعاصرة عدد٦ (١٤١١هـ) ص١٠٦.

وأقواله ـ ويشمل كذلك الأحكام الخلقية التي تهدف إلى جعل النفوس في أرقى مراتب الإنسانية الكاملة وتزكيتها وتكميلها[1].

فالأخلاق في الإسلام، جزء من العقيدة، ومصدر من مصادر الإلزام، فالشريعة إذ تُروِّضُ الناس على الخير تحول دون أكل مال الغير دون حق سواء كان هذا المال قد مضت عليه مدة طويلة فسقط حق صاحبه في سماع دعوى المطالبة به، أو كان هذا المال واجب الأداء لوازعٍ أخلاقي أساسُه العمل المجدي، أو التعاون، أو الرفق بالغير أو الاستجابة لنداء المساعدة، أو تأكيد لأحد مبادىء الإسلام الكبرى في مسايرة مصالح الناس[2] وعدم إهدارها لمجرد عدم إمكان المطالبة بها، أو في تأكيد العدالة الإسلامية بأوسع مفاهيمها، فإذا كان من مسايرة مصالح الناس حفظ مالهم، فمن العدالة رد هذه الأموال إليهم، عندما ينعدم ديانةً مبرر استبقاء هذا المال في يد من يلزم برده نزولاً على مقتضى الأخلاق الدينية.

والأخلاق في الإسلام عندما تلزم، لأن هذا هو مقتضى عقيدة التوحيد، فالإلزام يكون إلزاماً شرعياً لا التزاماً وضعياً[3]، ولذا تكون نظرية الالتزام الخلقي والواجب ديانةً جزءاً من مفهوم الشريعة الإسلامية باعتبارها شاملة كل «ما شرعه الله لعباده من العقائد والعبادات والأخلاق والمعاملات ونظم الحياة في شعبها المختلفة لتحقيق سعادتهم في الدنيا والآخرة»[4].

---

(١) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية ط٣ (القاهرة) ص٤؛ الأصبهاني (أبو محمد عبدالله) أخلاق النبي وآدابه طبع الاهرام ١٤٠١هـ ص١٢ ومابعدها.

(٢) الغزالي، المستصفى، المطبعة الأميرية ج١ ص٢٨٦ «نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع.. وهو أن يحفظ دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم؛ عبدالوهاب خلاف، السياسة الشرعية (١٣٥٠هـ) القاهرة ص٧.

(٣) قارن في مجال الالزام الوضعي، من خلال فكرة الأخلاق الوضعية لا الشرعية ما أورده: الدكتور محمد عبدالله دراز، دستور الأخلاق في القرآن، تعريب د. عبدالصبور شاهين، ط٦ (١٤٠٥هـ) ص٩٦ ومابعدها. وانظر في الرد على طرائق الاستدلال الشكلية في المنطق الارسطي الذي تأثر به كتاب الغرب، شيخ الإسلام ابن تيمية، الرد على المنطقيين، المكتبة الامدادية ط٦ (باكستان) ١٤٠٤هـ ص٢ ـ ٥٤٥ وبخاصة ص٣٨١ في الميزان العقلي.

(٤) الشيخ مناع خليل القطان، المرجع السابق ص٩؛ د. محمد شتا ابوسعد، شرح قانون أصول الأحكام القضائية الإسلامي السوداني ١٤٠٤هـ (مطبعة جامعة القاهرة) ص٥ ـ ٢٦٢. وانظر من المصادر الأساسية: شيخ الإسلام محمد بن عبدالوهاب، الأصول الثلاثة وادلتها، مطابع دار الهلال، مع =

٢ - إن الالتزام الخلقي يسانده النص دائماً: (١)

وإذا اكتفينا هنا بالنصوص التي يمكن سوقها إصالة كسند للوفاء بالالتزامات حتى ما كان منها التزامات خلقية، كفانا قوله تعالى: ﴿ **فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤدِّ الذي أؤتمن أمانته** ﴾ (٢) وقوله جل شأنه ﴿ **لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** ﴾ (٣) وقوله تعالى: ﴿ **أوفوا بالعقود** ﴾ (٤) وقوله تعالى: ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾ (٥) وقوله تعالى: ﴿ **أتأخذونه بهتاناً وإثماً مبينا** ﴾ (٦) وقوله تعالى: ﴿ **وحرم الربا** ﴾ (٧) وقوله تعالى: ﴿ **على الموسع قدره** ﴾ (٨). وكفانا كذلك من السنة المطهرة، قوله صلى الله عليه وسلم، فيما رواه الإمام أحمد في مسنده «**على اليد ما أخذت حتى تؤديه**»

= ترجمة فرنسية طبع الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية ص٤ - ٥٠؛ الإمام أبا الحسن الأشعري، الابانة عن أصول الديانة ١٤٠٩هـ (الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، تقديم الشيخ جمال بن محمد الأنصاري، ص٣٤ «وأمر بالخير» وص١٧٢ في نفي الظلم؛ سماحة الشيخ عبدالعزيز ابن باز، وجوب تحكيم شرع الله ١٤٠٩هـ ص١٤، ١٥.

(١) انظر في شرح دلالة الآيات التي ذكرت في المتن على التوالي؛ البيضاوي (ناصر الدين أباسعد.. أنوار التنزيل وأسرار التأويل (دار الكتب العربية الكبرى) ج١ ص٢٦٩ ومابعدها؛ مختصر تفسير بن كثير، دار القرآن الكريم بيروت ط٧ (١٤٠٧هـ) ص١٦٩ ومابعدها؛ ابن العربي (أبابكر محمد بن عبدالله) أحكام القرآن، القسم الثاني ط١ (١٣٧٦هـ) ص٥٢٤، ٥٢٥؛ تفسير آيات الأحكام للشيخ محمد علي السايس، جامعة الأزهر ط١ ج٢ ص١١٥ ومابعدها؛ المرجع الأخير ج٢ ص٦١. فأخذ الصداق عند الطلاق بهتان ويجب رده؛ البيضاوي، السابق، ج١ ص٢٧٦ ومابعدها وبخاصة ص٢٧٨، فحل البيع وتحريم الربا إنكار للتسوية وإبطال للقياس؛ روح المعاني للألوسي، إدارة الطباعة المنيرية، ط بيروت، ج٢ ص١٥٢ - ١٥٤.

(٢) سورة البقرة من الآية: ٢٨٣.

(٣) سورة النساء من الآية: ٢٩.

(٤) سورة المائدة من الآية: ١.

(٥) سورة النساء من الآية: ٥٨.

(٦) سورة النساء الآية: ٢٠.

(٧) سورة البقرة من الآية: ٢٧٥.

(٨) سورة البقرة من الآية: ٢٣٦.

وقد روى هذا الحديث الخمسة دون النسائي[١]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «**ليُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته**» وقد رواه الخمسة عدا الترمذي، وقال وكيع: عرضه أي شكايته وعقوبته أي حبسه[٢]، وقوله صلى الله عليه وسلم: «**لا ضرر ولا ضرار**» وهو نص في رد الحقوق بإطلاق، وسواء كان الإنسان قد قصد الإضرار بغيره تمحضاً أم لا، فإن الإسلام لا يقره[٣]، وجاء في الحديث القدسي عن رب العزة والجلال «**فلا تَظَالَموا**»[٤].

فأداء الأمانة يستند إلى نص، والأخلاق الإسلامية كجزء من التشريع تقره ولو لم يكن على الأمانة سند أو دليل أو انقضت مدة طويلة تحول دون سماع دعوى المطالبة بها، ومثل ذلك عدم أكل أموال الناس بالباطل، سواء برشوة أو عمل غير شريف أو خطأ أدبي، أو إثراء بلا سبب لا تتوافر شروطه نظاماً، وكذا الوفاء بالعقود فهو مطلق في الزمان، وصداق المرأة حق لها فلا تظلم فيه، والمال المأكول نتيجة رباً حرام، ويجب أخلاقاً رده لصاحبه، والإنفاق حسب معيار القدرة تقره الأخلاق الإسلامية وتحدد مداه، ومن أخذ شيئاً وجب عليه رده كالحديث، ولا يجوز إلحاق ضرر بأحد، والظلم منهي عنه، وفي كل هذه الأحوال يستند رد الحقوق مهما طال عليها الزمن إلى النص والأخلاق الإسلامية الملزمة شرعاً[٥].

---

(١) انظر نيل الأوطار للشوكاني ج٥ ط١، المطبعة العثمانية، صفر ١٣٥٧ ص٢٩٨ - ٢٩٩ وعنده أن في هذا الحديث دليلا على أنه يجب على الإنسان رد ما أخذته يده من مال غيره بإعارة أو إجارة أو غيرهما إلى مالكه، مهما طال الزمن: د. محمد شتا أبوسعد، مستقبل التشريع الإسلامي، ٣. لا ضرر ولا ضرار في الإسلام، القاهرة ١٩٨٦م ص٣٧ - ٣٨.

(٢) نيل الأوطار، المصدر السابق ج٥ ص٢٤٠؛ بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ج٢ ط١ مصر ص٣٠٨، ٣٠٩؛ د. فتحي الدريني، الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده بين الشريعة والقانون ط١ بيروت ص٣٢٣ - ٣٢٤.

(٣) نيل الأوطار، المرجع السابق، ج٥ ص٢٦١؛ فتحي الدريني، رسالته السابقة ص٢٤٩ ومابعدها الأم للإمام الشافعي (رواية الربيع المرادي) ط١ مصر ١٣٢١هـ ج٣ ص٢٢٢: الموافقات في أصول الشريعة للشاطبي، شرح د. محمد عبدالله دراز، مطبعة الشرق الأدنى، مصر ج٢ ص٣٤٨ ومابعدها: ابن رجب (زين الدين أبوالفرج عبدالرحمن شهاب الدين بن حمد) جامع العلوم والحكم ط٢، الحلبي ١٣٦٩هـ ص٢٦٧؛ د. محمد شتا أبوسعد، أصول النظام القضائي في المملكة العربية السعودية ١٩٨٣ مصر ص١٨ - ٣٩؛ د. يوسف العالم، الأهداف العامة للتشريع الإسلامي، رسالة الأزهر على الاستنسل، ١٩٧٥م ص١٨ ومابعدها.

(٤) انظر متن الأربعين حديث النووية من مطبوعات الرئاسة العامة لإدارات البحوث (١٤٠٦هـ) مع ترجمة إنجليزية.

(٥) انظر أمثلة عديدة في مؤلفات د. شرف بن علي الشريف، الاجارة الواردة على عمل الإنسان، الرياض =

٣ - الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة كمصدر أصيل ووحيد للإلزام:

وليس معنى أن كل نص شرعي يقف خلفه أساسٌ خلقي، أن الأخلاق وحدها لا تلزم في الإسلام، إذا لم يجد بجوارها نص، فالعكس هو الصحيح، لأن نصوص الإلزام في الإسلام متناهية، ووقائع الأنام غير متناهية، والاجتهاد قد لا يصل إلى جوهر القاعدة الملزمة، لذا تظل الأخلاق كجزء أساسي من التشريع الإسلامي ملزمة بذاتها، استناداً إلى ما يلي:

١ - إن الأخـلاق جزء من عقيـدة التوحيد، فلا عقيدة في الإسلام إذا لم تستند تلك العقيدة إلى أخلاق الإسلام، مصداقاً لوصف الله تعالى نبيه صلى الله عليه وسلم بقوله: ﴿ **وإنك لعلى خلق عظيم** ﴾[1] ولقوله صلى الله عليه وسلم: «**بعثت لأتمم مكارم الأخلاق**»[2] وفي البخاري عن عائشة - رضي الله عنها - لما سئلت عن خُلُقه صلى الله عليه وسلم قالت: «**كان خُلُقُه القرآن**».

٢ - إن الأخلاق جزء من واجبات الدين: ولذا فإن عدم مسئولية العبد أمام القانون لا تعني أنـه غير مسئول أمام الأخلاق، لأن الأخلاق مصدر من مصادر الواجبات الدينية وهي تتجاوز المصدرية لتصبح جزءاً من واجبات الدين، ولذا قيل بحق إن الشريعة الإسلامية هي «شريعة أخلاقية، وليست الأخلاق في الإسلام أدباً يُجمِّل صاحبه، ولكنها التزامات من واجبات الدين»[3].

رابعاً: إن الأخلاق مَصْدر من مصادر الالتزام الأدبي في مجال المعاملات:[4]

المقصود هنا، أن الأخلاق هي أساس الالتزام الأدبي، أو الواجب ديانةً، في مجال

= ١٤٠٠هـ ص٢٤١ ومابعدها وبخاصة ٢٥٢ بشأن مدى تضمين الأجير المشترك فيما ادعى هلاكه؛ د. وهبه الزحيلي نظرية الضرورة الشرعية، بيروت ط٣ (١٤٠٣هـ) ص٢٠١ ومابعدها بصدد ألا تكون المشقة سببا في هذا الحقوق

١) سورة القلم الآية: ٤.

٢) الأصبهاني (المتوفى ٣٦٩هـ) أخلاق النبي صلى الله عليه وسلم، مرجع سابق ص١ - ٣١٠؛ وانظر تفسير القرطبي ط مصر ج١٨ ص٢٢٨، ٢٢٩ ومختصر تفسير بن كثير، مرجع سابق ج٣ ص٥٢٢ ومابعدها؛ وتفسير الجلالين وحاشية الصاوى عليه ط١ (مصر) ج٤ ص٢٣١ ومابعدها؛ الشيخ مناع خليل القطان، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص٩٩.

٣) الشيخ مناع خليل القطان، وجوب تحكيم الشريعة الإسلامية، مرجع سابق ص١٠٠.

٤) وأساس ذلك أن في أعماق الإنسان قوة باطنة، لا تنصحه فحسب، وتهديه فقط، وإنما تأمر الإنسان

المعاملات، وهي مجال البحث، ولذا فقد أصاب الحقيقة بهذا المفهوم من قال إن الأخلاق «غـايـة تربوية في العبادات، والتزام أدبي في المعاملات، تجعل حياة الناس قائمة على المعروف والحسنى»[1].

ويترتب على ذلك ما يلي:

أ ـ إن الوفاء بما لا يلزم وضعاً الوفاء به هو امتثال لواجب ديني أساسه الأخلاق، وهو بهذه المثابة قربة إلى الله.

ب ـ وهذا الوفاء هو تمثل لفضائل الكتاب والسنة، وما تبثه من عزة في نفس المتفضل وقدرة على كبح جماح الشهوة إلى المال الذي لا يلزم قانون أو نظام بالوفاء به، وسير في فلك الشِّرْعَـة الإنسانية التي تجعل ضمير الإنسان أساس وفائه بحقوق الغير، وعدم أكل أموال الناس بالباطل.

جـ ـ وهذا الوفاء يعني الارتقاء في مدارج كمالات الإيمان، حين يكون الباطن كالظاهر، وحين يكون الوفاء بالواجب الديني أمراً منبثقاً من أعماق الإنسان ذاته لا من أي جهـاز ضغط مادي أو أية جهة إكراه معنوي، ولذا كان أداء الأمانات والعدل في الخصومات من أخص خصائص أخلاقيات الإسلام.

خامسًا: إن الالتزام الخلقي أو الواجب ديانةً يرتكز أيضًا على فكرة الإحسان:

فالمسلم لا يكفيه إتيان أركان الإسلام فقط، بل يلزمه أيضاً أن يمارس ما استطاع من شعب الإيمان، فضلاً عن الإحسان، وهو ركن واحد «أن تعبد الله كأنك تراه فان لم تكن تراه فإنه يراك» والعبادة غير المقرونة بالعمل الصالح لا تكفى، لذا يجب أن يدخل

= بأن يفعـل الخير وينأى عن الشر، ويمكن ان يقول الوضعيون أنهم يحسون ذلك، ولكن الشرعيين يقولون إن المسألة ليست مسألة إحساس وإنما هي مسألة إلزام، فليس الأمر أمر اختيار دنيوي وإنما هو أمر التزام ديني منبثق عن عقيدة التوحيد. انظر: د. محمد عبدالله دراز، دستور الأخلاق في القرآن، مرجع سابق ص٢٨ ومابعدها وبخاصة ص٢٤١.

(١) الشيخ مناع خليل القطان، المرجع السابق ص١٠١؛ د. محمد عبدالله دراز، دستور الأخلاق، مرجع سابق ص٤٩٩ ومـابعـدها؛ د. محمد شتا ابوسعد، محاضرات في الشريعة الإسلامية ط٢ القاهرة ١٩٨٨م ص٢٥ ـ ٢٦؛ الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات، مرجع سابق ص٤؛ الشيخ محمود شلتوت الإسلام عقيدة وشريعة ط١ (القاهرة) ص١٨ ومابعدها.

الإحسان إلى مجال المعاملات أيضاً، فإن حدث هذا كان الإنسان قد وصل إلى مرحلة إلزام نفسه بأخلاق الإسلام وأدّى الواجبات التى يلزم بها الدين، استناداً إلى فكرة الإحسان.[1] واستناد الالتزام الخلقي إلى فكرة الإحسان يترتب عليه مايلي:

أ ـ وجوبُ الوفاء بالالتزامات التى تخلّف عنصر الإلزام فيها فصارت واجباً ديانةً: مثل الحقوق التى انقضت مدة طويلة تحول دون سماع دعوى المطالبة بها، ذلك أن أخلاق الإسلام، وبالتالي ما ينبغي أن يكون عليه خلق المسلم، يقوم على أصول ربانية لا على تلويح بالجزاءات الوضعية. فالصلاح يتفجر من أعماق الإنسان، ورسالة ضميره الصادق[2] وهو أمر لمحه بعض متقدمي الدارسين الفرنسيين لبعض مبادىء القرآن الكريم[3] في اختياراتهم لبعض آيات القرآن الكريم.

ب ـ الوفاء بالالتزامات التى لم ترق إلى مصاف الواجبات: فالإحسان لا يعنى أكثر من صيرورة الشخص مخلصاً إخلاصاً لا يداخله ريب، ومن كان هذا شأنه فانه يدرك بعقله[4] ما يمليه عليه ضميره الديني وحسه الشرعي، فليس الضغط الاجتماعى أو اعتراف الجماعة هى سبب الوفاء بمثل هذه الواجبات، وإنما هو ضمير الفرد ذاته، فالإنسان يفي بما لا يُلزَم به لانه يريده لا لأن المجتمع يرغمه عليه، فالعقل يحرك الضمير والضمير يستجيب للعقل، فيغالب الإنسان هوى نفسه، فيختار الوفاء، امتثالاً لنداء أخلاق الإسلام التى استجاب لها العقل فالضمير، طمعاً في الثواب لا خوفاً من العقاب، ونأيا عن الشهوة التى تحرك الرغبة فى التملك، واقتراباً من السلوك الأخلاقي استجابة لنداء الإيمان، وتحقيقاً لهدف عقدي، ولذا قال أبوحامد الغزالي «وقول القائل: صار واجبًا بالايجاب (إنما هو) حديثٌ محض، فإن ما لا غرض لنا آجلاً وعاجلاً في فعله وتركه، فلا معنى لاشتغالنا به، أوجبه علينا غيرنا أو لم يوجبه». [5]

---

(١) الإمام الشيخ محمد بن عبدالوهاب، الأصول الثلاثة وادلتها، مرجع سابق ص ٢٤ ومابعدها وبخاصة ص ٣٠

(٢) د. عبدالصبور شاهين، في كلمته التي افتتح بها رسالة دستور الاخلاق التي ترجمها إلى العربية، كما تقدم من ص: ك د إلى ص: م د.

(٣) انظر مثلاً جارسان دي تاسي، القرآن باريس ١٨٤٠ ص٣ ومابعدها.

(٤) شيخ الإسلام ابن تيمية، كتاب الرد على المنطقيين، مرجع سابق ص٤٢٢ «والحسن والقبح من أفعال العباد، يرجع إلى كون الأفعال نافعة لهم أو ضارة لهم وهذا مما لا ريب فيه إنه يعرف بالعقل» وانظر له ايضًا مفتاح دار السعادة ج٢ ص٢٦ ـ ١٣٣ في الرد على حجج النفاة.

(٥) ابو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، طبعة الحلبي ج٤ ص٤؛ د. محمد شتا أبوسعد، مستقبل =

جـ ـ الوفاء بالالتزامات التى لا تحميها دعوى أيًّا كان سبب ذلك: فقد ذهب البعض إلى أن اصطلاح الالتزام غير موجود في فقه الإسلام وهذا غير صحيح[١]، فهذا الالتزام قائم بمعناه الفني الدقيق في فقه الشريعة الغراء، وتتسع فكرة هذا الالتزام لاضافة تقسيم الالتزام الخلقي، أو ما أسماه البعض، بالالتزام الناجم عن واقعة قانونية ناقصة أو تصرف ناقص أو واقعة مادية ناقصة، ذلك أن كل الحالات التى عالجها تحت هذا الموضوع، هي مما يُلزم الإحسان في الإسلام بالوفاء بها، استجابة للضمير، والواجب ديانةً أو الإلتزام الخلقي بصفة عامة.

وأساس ذلك هو أن يكون قصد المكلف موافقاً لقصد الله في التشريع[٢]، وحتى يقوم أمر الناس في دنياهم على العدل[٣]، وحتى لا يذهب حق هدراً في الإسلام؛ فالوازع الديني المركوز في النفوس، بفطرة الاهتداء إلى الحق، يقود الإنسان لأداء الحقوق وإن كانت لا تحميها دعوى، طمعاً في ثواب الله وخوفاً من عقابه في الآخرة، ولذا لا تثور في الإسلام تلك المشكلات التى تثور في الأنظمة الوضعية بصدد شروط أو عناصر الالتزام الطبيعي، وإن كان عنصر عدم جواز قيام «واجب أخلاقي» مخالف للشريعة الغراء يعتبر ضرورياً، مع أن كل واجب أخلاقي يعتبر بالضرورة شرعياً لأن الأخلاق جزء من الشريعة على ما تقدم.

= التشريع الإسلامي ج١ رد على د. زكي نجيب محمود، القاهرة ١٩٨٦ ص٤ ـ ٤٨.

(١) انظر د. محمد شتا أبوسعد، نظرية الالتزام عند الحطاب، كتاب مستخرج من مقال نشر بمجلة هيئة قضايا الدولة (١٩٨٢م) ص٣ ـ ٣٢ في الحديث عن الالتزام الذي ليس بمعلق والالتزام المعلق، على ماورد في رسالة: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، وهي مخطوطة بالجامع الازهر نقلها الشيخ عليش على هامش فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ج١ طبعة أولى (الحلبي) القاهرة، ص١٨٣ ومابعدها.

(٢) الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (ج٢) ص٣٢١، ٣٣٣، ٣٨٦.

(٣) شيخ الإسلام ابن تيمية، الحسبة ط ١٣٢٣هـ (مصر) ص٩٤.

المبحث الثاني

أهم حالات الالتزام الخُلقى أو الواجب ديانة في فقه الشريعة الغراء

أولاً: النظرية تتضمن حالات غير محدودة:

مما ييسر مهمة الباحثين في الفقه الإسلامي، بشأن فكرة الالتزام الخلقى في مختلف المذاهب، أنه توجد محاولات طيبة لوضع بعض القواعد العامة التى تستخلص من كتابات فقهاء هذه المذاهب، ففي المذهب الحنفي توجد مجلة الأحكام العدلية، وفي مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، المطبق فى المملكة العربية السعودية توجد مجلة الأحكام الشرعية[1]، وهما خطوة موفقة فى سبيل دعم حركة التقنينات الإسلامية، على نحو ييسر مهمة المتقاضي في فهم الحكم الشرعي، والقاضي في انزال الحكم الشرعي مع الرجوع أساساً إلى مصادر التشريع الأساسية، ناهيك عن بعض التجميعات مثل مرشد الحيران لقدري باشا.

ويلاحظ القارىء مما تقدم من إشارات، أن الفقه الإسلامي لا يصوغ نظرية عامة تسمى نظرية الالتزام الطبيعي، وإنما صاغ نظرية عامة أدق هي نظرية الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانةً، في مقابل الالتزام المعروف بالالتزام المدني، والذي يطلق فى فقه الشريعة الغراء مجردًا عن الوصف، دالاً على فكرة الالزام فيه، ومن صوره الواجب قضاءً.[2]

---

(١) انـظر: القاري (احمد بن عبدالله) كتاب مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، دراسة وتحقيق: أبوسليمان (د. عبدالوهاب إبراهيم) وعلى (د. محمد إبراهيم أحمد..) ط١ (دار تهامة للنشر ١٤٠١هـ) وتستخلص من نصوص كثيرة فيها (مثلا المواد ٢٠٥٠، ٨٥، ٨٦، ٧٥٣، ٩٦٩، ٥١٢، ٥١٣) أهم الحالات التي تعالج عادة في ظل الأنظمة الوضعية.

(٢) لذا كان من حسن الخلق في الإسلام «التسامح فيما يلزم من الحقوق» انظر شرح ثلاثيات مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني للعلامة الشيخ محمد القاريني الحنبلي ط٢ (١٣٩٩هـ بيروت) ج١ ص٤٠ ٢ فمن ادى واجبا ديانة وإن كان لا يمكن الاجبار عليه قضاءا فهو توفيق ككل توفيق بفضله ورحمته وعدله وحكمته، المصدر السابق ص٧٨٠٠ والشارع الحكيم «لا يأمر ولا ينهى إلا بما فيه صلاح عاجل أو خلاص آجل» ج٢ من المصدر السابق ص٢٢٠. والوفاء بواجب خلقي هو توبة، بل هو استغفار تام موجب للمغفرة، فأفضل الاستغفار ما اقترن به ترك الاصرار، المصدر السابق ص٩٠٢.

ولكن نظرية الالتزام الخلقي، أو الواجب ديانةً، كنظرية إسلامية يتسم بالأصالة والدقة ـ ليست محدودة التطبيقات في فقه الشريعة الغراء، بسبب عمومية الأصول التي تستند إليها في القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة، ولهذا قد يبدو من غير السديد شرح بعض التطبيقات، دون الإشارة إلى أن هذه التطبيقات هي مجرد صورة خاصة لحالات تجمعها رابطة عامة في الشريعة الغراء أساسها، أن كل حق مستحق ولا يمكن المطالبة به أمام القضاء، لأى سبب، فإن هذا الحق يجب الوفاء به ديانةً امتثالاً لمقتضى الالزام الديني الذي تقوم عليه فكرة الالتزام الخلقي في الإسلام، وهذا هو المنطوق الذي يؤكد تفوق شرح الله العليم الخبير على ما سواه.

كما تتميز نظرية الالتزام الخلقي في الإسلام بأنها نظرية ثَرَّة، إذ يستطيع الاجتهادُ كمصدر من مصادر التشريع، أن يضفى عليها تجدُّدا تلقائياً يجابه كل الفروض المحتملة فيما لو فرض وجدت فروض لا يتسع لها النص القائم، وتلك هي المسألة الجوهرية التى ينجم عن إغفالها نكوص فى الانطلاق بالفقه الإسلامي ليصبح فقهاً عالمياً، يتلقى كل جديد لا يتنافى مع أصوله الجوهرية، ويغذي العالم بأفكار تطعمت بأخلاقيات الإسلام فصارت صالحة لكل زمان ومكان، ولذا فقد أجاز «سماحة الشيخ عبدالعزيز بن عبدالله بن باز، في فتاواه، المقارنة بين الشريعة والقانون[1] «إذا كانت المقارنة لقصد صالح كقصد بيان شمول الشريعة وارتفاع شأنها وتفوقها على القوانين الوضعية واحتوائها على المصالح العامة... لما فيه من إظهار الحق وإقناع دعاة الباطل وبيان زيف ما يقولون في الدعوة إلى القوانين الوضعية أو الدعوة إلى أن هذا الزمن لا يصلح للشريعة أو قد مضىٰ زمانها، لهذا القصد الطيب ولبيان ما يردع أولئك ويبين بطلان ما هم عليه، ولتطمئن قلوب المؤمنين وتثبيتها على الحق... إذا كان ذلك بواسطة أهل العلم والبصيرة المعروفين بالعقيدة الصالحة وحسن السيرة وسعة العلم بعلوم الشريعة ومقاصدها العظيمة». وعلى هذا بذل المجتهدون من فقهاء الإسلام كل ما في وسعهم لبيان الأحكام الشرعية في كثير من الدول

---

(١) انظر الفتوى في مجلة البحوث الإسلامية العدد ٢٧ ربيع الأول ـ جمادى الآخرة ١٤١٠هـ ص٨٩، ٩٠.

وهذا القول ييسر مهمة الباحثين المسلمين في عرض النظريات العامة في شكل ييسر إطلاع غيرنا عليها، فأقصى ما يقوله الفكر الغربي أنه يمكن أن تكون لدينا نظرية عامة للعقد في الفقه الإسلامي.

وانظر في تصور الغرب لفقه الشريعة الغراء في هذا الصدد ولاحظ قصوره، روشيت (ج): فقه التصرف... باريس ١٩٨٨ ص٢٩ـ٣٠ حيث يقول: إن الشريعة الإسلامية لا تجهل فكرة التصرف (AQD).

الإسلامية، وتلك خطوة هامة لنشر الفقه الإسلامي، على نحو يسمح بتبني المنظمين له عند إناطة وضع النصوص بهم، وما هذا البحث إلا خطوة تمهيدية لمن أراد المقارنة.

ثانياً: تطبيقات النظرية الإسلامية في الالتزامات الخلقية بالمملكة العربية السعودية:

وتطبيقًا للشريعة الغراء التي تحكم شتى مناحي الحياة بالمملكة، فإن الحقوق لا تذهب هدرًا فى هذا الديار، التى لم تقر فكرة التقادم، بل اخذت بفكرة عدم سماع الدعوى مع عدم الإخلال بحق صاحب الحق.

ويؤخذ هذا من قرار مجلس الوزراء رقم ٩٩٠ وتاريخ ١٣٩٦/٦/١٥هـ، ومما دابت عليه مؤسسات المملكة من صرف حقوق من مضى على استحقاقهم إياها مدة طويلة دون المطالبة بها - كما تفعل المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بصدد المادة ٥٢ من النظام.

كما يؤخذ ذلك من المذكرة الإيضاحية لنظام الأوراق التجارية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٧ وتاريخ ١٣٨٣/١٠/١١هـ التي قررت أن النظام لم يستعمل لفظ التقادم وإنما استعمل بدلاً منه عبارة عدم سماع الدعوى، اخذا بأحكام الشريعة الغراء التى لا تعترف بانقضاء الحقوق بمرور الزمن مهما طال هذا الزمن، «وإنما تمنع سماع الدعوى بغية وضع حد للمنازعات، وقد نص النظام صراحة، على أن الأحكام التى أوردها في خصوص عدم سماع الدعوى لا تخل بحق الحامل (أي حامل الكمبيالة) المستمدة من علاقته الأصلية بمن تلقّى عنه الكمبيالة وبذلك تبقى هذه الحقوق خاضعة للقواعد التي تحكمها».[1]

وإذا كان عدم سماع الدعوى لا يحول دون استمرار ذمة المدين مشغولة ديانةً بالدين بحيث يتعيّن عليه الوفاء به شأنه شأن الالتزام المدني، ولكن تحت جزاء أخرويٍّ أساساً، فما ذلك! إلا للطابع الديني للحق، فالإسلام يلزم المدين بالوفاء بالدين، وهو إلزام قضائي في كل دين توافر موجب الوفاء به، وهو إلزام أخلاقي ديني إذا تخلف عنصر أو شرط من عناصر الإلزام القضائي به، فقد استعاذ صلى الله عليه وسلم، من «ضلع

---

(١) ورد هذا في تعليق المذكرة الإيضاحية على المادة ٨٤ وما بعدها تحت عنوان عاشرًا عدم سماع الدعوى، وقد نصت المادة ٨٤ من النظام المشار إليه على أنه «دون إخلال بحقوق الحامل المستمدة من علاقته الأصلية بمن تلقى عنه الكمبيالة، لا تسمع الدعوى الناشئة عن الكمبيالة تجاه قابلها بعد مضيِّ ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق...».

الدين».[1]، كما قال صلى الله عليه وسلم «من أخذ حقوق الناس وهو يريد أداءها أعانه الله ومن أخذها وهو يريد إتلافها أتلفه الله».[2] فهذا حث على وجوب إخلاص النية من جانب المدين. سواء كانت ذمته مشغولة به لواجب قضاءً أو لواجب ديانةً. وحث الإسلام على سداد الدين فقال صلى الله عليه وسلم: «نفس المؤمن معلقة حتى يقضى عنه»[3]، وقد امتنع صلى الله عليه وسلم عن الصلاة على من مات وعليه دين،[4] والأحاديث كثيرة في هذا الصدد، وقد سبقت الاشارة إلى الحديث الذي أخرجه الإمام أحمد في مسنده وهو «ليُّ الواجد ظلمٌ يحل عرضه وعقوبته» وقد قال صلى الله عليه وسلم «لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه».[5] وإذا كان ذلك يجيز حبس المدين في الدين الذى يمكن المطالبة به قضاءً فإنه دليل على وجوب مبادرة المدين بدين واجب ديانةً على المبادرة بأدائه وإلا نال الوعيد الإلـهي الشديد وتحقق فيه حكم الله في الآخرة وربما لحقه أمر الله في الدنيا.

ويبقى بعد ذلك القول أنَّ الإسلام غني بنظرياته العامة، المنبثقة من أصوله العامة، وبالتالي نظرياته العامة الثابتة والمؤكدة،[6] وهذا يعطي الباحثين والمعنيين بالمقارنة، في المملكة فرصة أكبر في استظهار النظريات العامة وسبر أغوارها.

إن الشريعة الغراء المطبقة في المملكة العربية السعودية، تجاوزت في هديها، مراحل

---

(١) انظر كتاب الدعوات في صحيح البخاري، باب الاستعاذة من الجبن والكسل. وكتاب الصلاة باب الاستعاذة في سنن أبي داود، وكتاب الاستعاذة باب الاستعاذة في سنن النسائي.

(٢) أخرجه البخاري في باب من أخذ أموال الناس... كتاب الاستقراض.

(٣) أخرجه الإمام أحمد في المسند ج٢ ص٤٤٠ والترمذي في كتاب الجنائز وابن ماجه في كتاب الصدقات، باب التشدد في الدين.

(٤) البخاري كتاب الحوالة باب إذا حال دين الميت.. والنسائي في كتاب الجنائز، باب الصلاة على من عليه دين.

(٥) رواه الإمام احمد في مسنده، ورواه الدارقطني في سننه (كتاب البيوع).

(٦) وقد سبقت الإشارة في نهاية الهامش ١٩٤ إلى ما ذكره جورج روإن بمجلة القانون وهي المجلة الفرنسية للفقه التي تعنى بالنظريات العامة (عام ١٩٨٨) إلى أن الشريعة الإسلامية في إطارها التقليدي لا تجهل الفكرة الضيقة للتصرف القانوني... (العقد)، والحق أن كل فكرة عالجها الفقه الإسلامي في نظرية الحق والعقد تعتبر نظرية مستقلة، كنظرية الذمة، أو الأهلية، أو الرضا، أو المحل أو حتى فكرة تجزئة الصفقة، وهذا يستلزم التوسع في إبراز الأسس العادلة التي تقوم عليها النظريات الإسلامية.

البحث عن سندٍ يبرر قيام المدين، بالوفاء بالدين، رغم عدم إمكان جبره عليه، عن طريق القضاء، ووصلت في أحكام بنيانها إلى جعل الأخلاق أساساً للإلزام، ويترتب على ذلك نتائج محددة أهمها:

أ ـ إنه ليس هناك موجب للبحث عن قواعد تبريرية، كقاعدة تقول إنه إذا افتقد الحق حماية القضاء، لأي سبب، فلا جبر في تنفيذه، ويصبح واجباً ديانة في ذمة المدين، لأن الأخلاق لا تزال، في الإسلام، أساساً قوياً لتحريك ضمير الشخص لينفذ هذا الواجب ديانة، تنفيذاً يبتغي به الشخص مرضاة الله، والاستجابة لنهيه عن أكل أموال الناس بالباطل.

وبياناً لذلك بما استقر عليه فقه الشريعة الغراء من شرح وضبط للمفاهيم، فإنه إذا فرض وحكم القضاء لواضع اليد الظاهر بحيازة الشيء، على خلاف الحقيقة، فإن من قضي له بالشيء، دون وجه حق يظل ملزماً بالوفاء به لصاحبه، ولا تبرأ ذمته إلا بذلك، وبهذا القيد ينبغي فهم أقوال علماء الشريعة الغراء.

ـ فابن قدامة ـ رحمه الله تعالى ـ يقول[1]: «فإذا كان في يد رجلٍ دار أو عقار يتصرف فيها تصرف الملاك بالسكنى والإعارة والإجارة والعمارة والهدم والبناء من غير منازع، فقال أبوعبدالله بن حامد: يجوز أن يشهد له بملكها. وهو قول أبي حنيفة والأصطخري من أصحاب الشافعي. قال القاضي: ويحتمل أن لا يشهد إلا بما شاهده من الملك واليد والتصرف، لأن اليد التي ليست منحصرة في الملك قد تكون بإجارة أو إعارة أو غصب. وهذا قول بعض أصحاب الشافعي».

ـ وصاحب مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى يقول: «ومن رأى شيئاً بيد إنسان يتصرف فيه مدة طويلة كتصرف ملك من نقضٍ وبناء وإجارة وإعارة فله الشهادة بالملك...».[2]

ـ وشيخ الإسلام ابن تيمية يقول: «ومن ادعى على خصمه أن بيده عقاراً استغله مدة معينة، وأنه استحقه فأنكر المدعى عليه وأقام المدعى عليه بينة باستيلائه لا باستحقاقه لزم الحاكم إثباته والشهادة به، كما يلزم البينة أن تشهد به... ومن بيده عقار فادعى رجل بثبوته عند الحاكم أنه كان لجده إلى موته، ثم إلى ورثته، ولم يثبت أنه مخلف عن مورثه، لا ينـزع منه بذلك...»[3] فلو فرضنا أنه نزع منه بحكم فما دور الالتزام الخلقي في هذا

(١) المغني، المرجع السابق ج٩ ص١٦٢.

(٢) الشيخ مصطفى السيوطي الرحيباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ج٦ ص٥٩٩.

(٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص٨٨، ١١٣.

الفـرض وفي الفـرض السابق عليه، والفرضين اللذين رواهما ابن قدامة وصاحب مطالب أولي النهى.

إن الحكم في ذلك واضح تماماً، فما حكم به دون حق، وما لم يحكم به على خلاف الحق، يثقل ذمة غير المستحق، بالتزام خلقي، بمقتضاه يلتزم غير المستحق بأن يؤدي الحق إلى المستحق، وإلا تعرض من استبقاه، وهو عالم بأنه لاحق له فيه، إلى جزاء أخـروي من قبل الله سبحانه وتعالى، وتعرض كذلك للوعيد الشديد في الحياة الدنيا، فالأخلاق في الإسلام تلزم، ولا سند لأحد في حبس ما لا حق له فيه شرعاً.

ب - إنه ليس هناك مسوِّغ لتبرير صحة الوفاء الذي يقوم به من عليه واجب ديانةً بالوفاء، وذلك يعني أن طبيعة الالتزام الخلقي في الإسلام، كالتزام ملزم أمام الله تعالى، لا تستلزم تقعيد قاعدة تقول انه إذا أوفى المدين ما وجب عليه ديانة صح وفاؤه، ولا يعتبـر وفاء بما لا يجب، إذ كيف يعتبر وفاء بما لا يجب، كل وفاء تقضي أخلاق الإسلام بأنه واجب، وإذا صح ذلك، فلا ضرورة لتقعيد البديهيات الإسلامية. ولذا فلا مساغ أيضاً للقول أن الحق ينفذ جبرًا على المدين به عند استحقاقه، وأنه إذا فقد حماية القضاء له، لأي سبب فلا جبر في تنفيذه، أو أنه إذا وفَّى المدين حقاً فقد حماية القضاء له صح وفاؤه ولا يعتبر وفاء لما لا يجب فذلك تحصيل حاصل وذكر لمفهوم في ظل النظرية الإسلامية العامة في الالتزام الخلقي.

جـ - إن فكـرة الواجب ديانة هي فكرة إسلاميةٌ محضٌ، وهي قائمة في المملكة العربية السعودية قياماً أصلياً، حيث لا تتقادم الحقوق، وإن أصبح من غير الممكن سماع الدعوى، فإن الحق يظل قائماً، وممكن الوفاء به إعمالاً للالتزام الخلقي الذي يلزم بمثل هذا الوفاء على نحو يتجرد معه الموفِّ من كل مسئولية إن قام به نيابة عن جهة عمله، أو أمر بأدائه.

د - إن القاضي المسلم يقدِّر دائماً ما إذا كان هناك التزام خلقي من عدمه عندما يعرض الأمـر عليـه، وهو إذ يقدر قيام هذا الالتزام فإنما يقدره في ظل مبادىء الشريعة الغراء، التي لا تبيح له مخالفة نص قطعي، أو الخروج على ما أجمع عليه أهل العلم، وذلك في ظل فكرة الإحسان التى تصلح أساساً عظيماً لإعمال نظرية الالتزام

الخلقي والتى يمكن عزوها إلى الفكر الصافي لشيخ الإسلام ابن تيمية رحمه الله تعالى.(١)

هـ - إن الوفاء بالالتزام الخلقي، وإن وجد سنده في الإحسان، إلا أن الوفاء بغير المستحق ليس تبرعاً، أيًا كان سبب عدم الاستحقاق، ومنه انعدام الحماية القضائية للحق بسبب مضي مدة معينة مثلاً تحول دون سماع دعوى المطالبة به، فما وجب الوفاء به، ولو بمجرد الالزام الخلقي، لا يعد تبرعاً، لأن الضمان إلزام لا إحسان، وان كان للموفي بما لا يمكن الإجبار على الوفاء به ينطلق في تصرفه عن الإحسان والصدق التام مع الملك الديان.(٢)

وهكذا يمكن القول، أن النظرية الإسلامية في الالتزام الخلقى، أو الواجب ديانةً ـ القائمة في فقه الشريعة الغراء، تستند إلى أصول شرعية ـ على ما تقدم وهي نظرية عقدية، تستلهم الإحسان سبيلًا، والجزاء الأخروى حافزًا إلى الوفاء بالحق، وتتسع تطبيقاتها، لتشمـل كل واقعة تَعِنُّ أو نازلةٍ تنزل، وتقدم لها الحل الأمثل، يبدو من الصعب حصر تطبيقات هذه النظرية، ومع ذلك وبياناً لمدى شمول هذه النظرية فإنه يمكن الإشارة إلى أمرين: أولهما: مدى شمول النظرية الإسلامية في الالتزام الخلقي للتطبيقات الموجودة في الحياة المعاصرة. وثانيهما: إشارة إلى أهم التطبيقات الممكنة في ظلها.

---

(١) انظر مؤلفه، الحسبة في الإسلام، ط الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، ص١٠ حيث يقول: «والعمل الصالح هو الإحسان... وهو ما أمر الله به... (وشرعه)... (فمن) اخلص قصده لله وكان محسنًا في عمله فإنه مستحق للثواب سالم من العقاب» وهذان هما أساسا الوفاء الاختياري بالالتزام الخلقي.

(٢) انـظر في نقـد مسلك الأنظمة الوضعية: محمد شتا أبوسعد، تعريف المسئولية المدنية كجانب من الضمان في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ع٥؛ وحالات الالتزام الطبيعي في القانون المدني المقارن، مجلة جامعة الملك سعود ـ ٢ ـ العلوم الإدارية، ع٢/ مجلد٢؛ وشرح لائحة المرافعات أمام ديوان المظالم، مجلة معهد الإدارة العامة ع٣ ـ ١٤١١هـ.

أولاً: مدى شمول نظرية الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة للحلول التي تأخذ بها النظرية الوضعية

تعددت التطبيقات المقول بها في ظل نظرية الالتزام الطبيعي[1] ولكنها تطبيقات لا يستند فيها الالزام إلى أمر عقدي ديني أو حتى مجرد خشية جزاء ما، بعكس النظرية الإسلامية التي يستند فيها الإلزام إلى العقيدة وإلى فكرة الإحسان فيها كفكرة ملزمة ديانةً. وأهم التطبيقات الواردة في النظرية المذكورة، وتثبت دراستها في الشريعة الإسلامية، تفوق الإسلام فيها، تتمثل فيما يلي:

١ ـ النفقـــة :

لا يثير موضوع النفقة الواجبة على من يلزم الشخص الإنفاق عليهم أي جدل في فقه الشريعة الغراء[2]، فهي واجبة للزوجة على زوجها وللأصول على الفروع وللفروع على الأصول[3]، أما النفقة على الحواشي وذوي الأرحام (والحواشي هم فروع الأصول كالأخوة

---

(١) يقول البعض (كالدكتور عبدالحي حجازي): إن الالتزام الطبيعي هو التزام ناقص، اي أنه ينشأ إما عن واقعة ـ بمعناها الاخص ـ ناقصة، كما في الالتزام بالنفقة لغير من يجب على الشخص الانفاق عليهم، والعمل الناقص، نافعا كان أم ضارًا، والتصرف الناقص وهو العقد أساسا، وهو لذلك يتبنى فكر نفر من الفقهاء الايطاليين وجان كربونييه، الذي عبر عن الالتزام الطبيعي بمعادلة أنه حق ينقصه دعوى، أو حماية قضائية انظر عرضا لذلك في ظل نقد شرعي مذكرات: د. محمد شتا أبو سعد في أحكام الالتزام، كلية الحقوق، جامعة وهران، عام ١٩٧٥م حتى عام ١٩٧٩م في طبعات مختلفة.

(٢) انظر تفسير القرطبي (الجامع الأحكام القرآن لأبي بكر عبدالله بن محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي القاهرة ١٣٥٣هـ مطبعة دار الكتب ج١٨ ص١٧٠؛ وتفسير جامع البيان عن تأويل آي القرآن لأبي جعفر محمد بن جرير الطبري دار المعارف، مصر ج٢٨ ص١٤٨؛ صحيح مسلم بشرح النووي (محيي الدين يحيى بن شرف النووي، مطبعة حجازي بالقاهرة ج١ ص٣٠؛ ومختصر سنن أبي داود، للحافظ المنذري، مطبعة انصار السنة المحمدية ١٣٦٧هـ ج٨ ص١٢٨؛ وفي الاجماع على ذلك فيما حكاه ابن المنذر وغيره (بصدد نفقة الزوجة غير الناشز) انظر المغني لموفق الدين عبدالله بن أحمد بن قدامة، ج٩ مطبعة المنار، مصر ١٣٤١هـ ص٢٣٠.

(٣) انظر مثلا المغني، مرجع سابق ج٩ ص٢٥٦؛ نيل الأوطار للشوكاني، مرجع سابق ج٦ ص١٤ ومابعدها؛ والروض المربع بشرح زاد المستنقع ـ مختصر المقنع للشيخ منصور البهوتي، المطبعة السلفية ج٢ ص٣٢٥.

وأبنائهم، وذوو الأرحام هم أقارب لا يرثون بفرض ولا تعصيب) فإن المالكية والشافعية لا يرون وجوب النفقة لهم، أما الحنابلة والحنفية فيرون وجوبها[1] وإن كان الحنفية يقصرونها على ذوي الأرحام دون الحواشى، وهي تجب للحواشي وذوي الأرحام إن توافرت شروطها، ومنها فقر من تجب له وعجزه عن الكسب وغنى من تجب عليه وكونه يرثه.

ووفقًا للقاعدة الإسلامية في هذا الصدد، فإنه كلما تخلف عن الحق موجب الحماية القضائية فإنه يصبح واجباً ديانةً، وكلما تخلف سبب من أسباب وجوب النفقة بين الزوج وزوجته، أو بين الأصول والفروع أو بين الحواشي وذوى الأرحام من جهة وبين ذويهم من جهة أخرى، قام على عاتق من لم يصبح ملزماً قضاءًا بالنفقة، التزامٌ خلقي أو واجب ديانة بالإنفاق على هؤلاء، ويكون هذا الواجب أولياً عند من يقول بوجوب النفقة لذوي الأرحام والحواشي وهم المالكية والشافعية، أو من لا يقولون بوجوبها للحواشي وهم الحنفية على ما تقدم.

٢ ـ الحقوق التي مضت مدة طويلة دون المطالبة بها:

سبق القول انه يتخلف التزام طبيعي عن الحقوق التي مضت عليها مدة طويلة حتى تقادمت، أي فقدت عنصر المسئولية أو الإكراه، وبقيت على عنصر المديونية، وسبقت الإشارة إلى المذكرة الإيضاحية لنظام الأوراق التجارية، بالملكة العربية السعودية التي ذكرت أن الحق لا يتقادم في الإسلام أبدًا، إذ لا يذهب حق هدراً في الإسلام، وكل ما يترتب على مضي مدة طويلة دون مطالبة بالحق هو عدم سماع الدعوى، والحكمة من ذلك هو وضع حد للمنازعات، والأمر لا ينتهي عند هذا الحد، إذ تظل ذمة الشخص مشغولة ديانةً أمام الله تعالى بالحق، وهذا يعنى تحول التزام الشخص من التزام أو واجب قضاءً إلى التزام أو واجب ديانة، أو بصورة أعم إلى التزام خلقي باعتبار أن الأخلاق جزء لا يتجزأ من العقيدة الإسلامية.

---

(١) انظر عند الحنابلة كشاف القناع على متن الاقناع لمنصور البهوتي، ط انصار السُنة المحمدية ١٣٦٦هـ ج٥ ص٣٩٢، وعند الاحناف انظر شرح العناية (على الهداية) مع فتح القدير للكمال ابن الهمام ط مصطفى محمد ج٣ ص٣٥٢، ومن مختصرات الفقه الحنبلي انظر منار السبيل في شرح الدليل للشيخ إبراهيم بن ضويان بتحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي (١٣٩٩هـ) ج٢ ص٣٠٣؛ والمحرر في الفقه للشيخ مجد الدين أبي البركات ومعه النكت والفوائد السنية لمجد الدين ابن تيمية، تأليف شمس الدين ابن مفلح الحنبلي المقدسي، ج٢ مكتبة المعارف، الرياض ط٢ (١٤٠٤هـ) ج٢ ص١١٧ ومابعدها.

وتـأصيل ذلك جليٌّ شرعاً، على ما تقدم، ولكن الفقه قدّم طريقة تفسير أخرى توازى النـظريـة الألمانية في المديونية والإكراه، فقال إن الدين أو الواجب في الفقه الإسلامي يشتمـل على عنصرين أسـاسيين هما «أصل الدين ويتعلق بالذمة، والمطالبة وهى تتبع الأصل»[١]، فإذا ادعى شخص حقا لدى آخر، وذكر أنه قد مضت على ذلك مدة طويلة فقدْ فَقَدَ حقه في المطالبة به قضاءً وان بقى الدين في ذمة المدين ديانةً، وهذا معنى تعميم سماحة رئيس القضاء السعودي الذي جاء فيه إنه «إذا ادعى شخص على آخر في دار ونحوها، والمدعى عليه حائز للمدعى به مدة طويلة، ويتصرف فيه تصرفاً مطلقاً، ولم يعارضه في ذلك المدعي، مع حضوره ومشاهدته، فإن مثل هذه الدعوى لا تسمع»،[٢] وهو أيضاً أساس تعميم سماحته رقم ٦٨١ وتاريخ ١٣٨١/٧/١٠هـ الذى ورد به أنه «إذا وجد وصية قد مضى عليها ما يقارب قرنًا من الزمن، دون أن تنفذ، وطلب بعض أبناء الموصي تنفيذها، وقد اقتسم الملك، وتصرف أهله فيه ببيع وغيره، فينبغي ألا يُلتفت إلى مثل هذه الوصية، وأن يقدم العمل المستمر، والأيدى التى تداولت الملك، لأن هذا العمل المستمر، يرجح أن هذه الوصية قد عرض عليها ما يوجب عدم اعتبارها» وعدم الاعتبار في هذا التعميم يعني عدم السماع».[٣]

ويلاحظ كذلك ان المادة ٨٤ من نظام تنظيم الأعمال الادارية في الدوائر الشرعية الصادر بالأمر رقم ١٠٩ وتاريخ ١٣٧٢/١/٢٤، تفتح مجالاً لأعمال الالتزام الخلقى أو الواجب ديـانة إذ نصت على أنه «لا تسمع الدعوى مطلقاً، في العقار... إذا كانت قبل دخول الحكومة السعودية للحجاز إذا كان السكوت عنها بدون عذر شرعي» وذلك لكي لا تتـأبد المنازعات مع بقاء الإحسان قائماً لمن أراد اداء الحقوق بمحض إرادته امتثالاً للواجب ديانةً.

---

(١) السنهوري (د. عبدالرزاق) مصادر الحق، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت ٥٣/١٩٥٤ (مصـورة) ج١ ص٢٦ وانظر في تطبيقات ذلك الروض المربع، مرجع سابق ج٢ ص١٩٦ بالنسبة لاتساع عنصر المطالبة لرجوع صاحب الحق على المدين أو من.

(٢) انظر تعميم سماحته رقم ٨١٦ وتاريخ ١٣٨١/٨/٢٠هـ المؤيد لاحقا بأكثر من تعميم، في مجموعة الأنظمة واللوائح والتعليمات، وزارة العدل، ص٨٩ من قسم فهرس أهم التعاميم وانظر التعميم رقم ٤٢٢ وتاريخ ١٣٨١/٥/٢٠هـ بخصوص الوثائق والصكوك التي مضى عليها زمن طويل.

(٣) انظر أسبابًا أخرى لعدم سماع الدعوى تتعلق بالمدعى به وبالدعوى وصحتها في المواد ١٦٢١ ـ ١٦٤٦ من مجلة الأحكام العدلية (فقه حنفي. والمواد ٢٠٩٩ ـ ٢١١٩ من مجلة الأحكام الشرعية (تجميع حنبلي).

ويثور التساؤل عن الفرق بين التقادم وعدم السماع من حيث الأثر، والواقع أن النظرة غير المتعمقة قد تستند إلى وحدة النتيجة للقول بعدم وجود فارق، ولكن الحق خلاف ذلك فالتقادم يتمخض عن التزام طبيعي في ظل القانون الوضعي، ولكن عدم السماع يعنى استمرار الحق، ديانةً في ذمة المدين، فلا تبرأ ذمته أمام الله إلا بأدائه.

وهذا يعني تغاير النظرية الإسلامية عن النظرية الوضعية ليس فقط بالنسبة لطبيعة تكون الأفكار، بل أيضًا من حيث طبيعة الجزاء[١]، ومن حيث مدى الحقيقة، فهو في القانون الوضعي نسبي كالحقيقة ذاتها وهو في الشريعة الغراء مطلق لا نسبي لأنه، أي الحق، روح العدل الذى شرعه الله في الكتاب الكريم. «فالكتاب والعدل متلازمان، والكتاب هو المبيِّن للشرع؛ فالشرع هو العدل، والعدل هو الشرع، ومن حَكَم بالعدل فقد حكم بالشرع... فإن هذا الشرع المنزل كله عدل ليس فيه ظلم ولا جهل».[٢]

٣ ـ التصرف الذي لم يستجمع ركن الشكل:

لقد سبق القول إن التصرف الذي لم يستجمع الشكل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً في القانون الوضعي، ولكنه بصدد مدى تخلف التزام طبيعي عنه، فإن الرأى السائد، ان التنفيذ الاختياري لعقد الهبة الباطل شكلاً، من جانب الورثة يعتبر اجازة منهم وكما لو كان تنفيذاً لالتزام طبيعي. والثابت في فقه الشريعة الغراء، أن اشتراط القبض في العقود العينية[٣]، أو الرسمية لا يعني قيام العقد بلا إرادة أو نية، فالشكل لا يخلق تصرفاً من

---

(١) فالجزاء منعدم حال الالتزام الطبيعي والجزاء قائم ديانة في حال الالتزام الخلقي الاسلامي، فالضمير الاجتماعي الذي يقف خلف الالتزام الطبيعي كما أوردته المذكرة الايضاحية للقانون المدني الكويتي والمصري وقد ذكرناهما من قبل لا يلزم، أما الضمير الديني الذي يقف خلف الالتزام الخلقي أو الواجب ديانة في الإسلام فهو ملزم ولذا فقياس الأول على الثاني قياس كاذب القوانين الوضعية عادة لا تعرف المحرم شرعا ولا المثالية الدينية ولا قانون الواجب كما في الشريعة انظر دراز، اخلاق القرآن، بالفرنسية طبعة الأزهر ١٩٥٠ ص٢٨ ـ ٢٤٠.

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، مجلد ٣٥، طبعة بأمر خادم الحرمين الشريفين ص٣٦٦.

(٣) انظر سليم باز، شرح مجلة الأحكام العدلية ط٢ بيروت ١٨٩٨م ج١ ص٢٦٧، وبيع الملامسة: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة ١٩٥٢م مجلد ٢ص١٤٧ ومابعدها.

عدم [١] ولا يقضي تخلفه إلى جعله كالعدم [٢]، وفقه الشريعة لا يلزم بأن تبرم الهبة في قالب شكلي خاص، مثل إبرامها في وثيقة تحرر أمام موظف عام، وإنما الملزم في بعض المذاهب هو القبض، فعند الحنابلة لا ينتقل الملك في الهبة إلا بالقبض الذي لا ينفذ العقد المبرم إلا به، وهذا ما قاله الشافعية؛ فالعقد عندهما ينعقد دون قبض ولكنه يكون غير نافذ، وفكرة عدم النفاذ معروفة في القانون الوضعي وهي تعني عدم سريان أحكام العقد لا بطلانه، وعلى مثل هذا نصت المادة ٨٩٩ من مجلة الأحكام الشرعية، إذ قضت بأن «القبض شرط للزوم الهبة...» فقد جعلت العقد بلا قبض غير لازم (أي عقد الهبة)، ومع أنه قد ورد في الفقه الحنبلي أيضاً ان الهبة «تلزم بالقبض..» فقد قال المروزي اتفق أبوبكر وعمر وعثمان وعلي على أن الهبة لا تجوز إلا مقبوضة». [٣] وعدم الجواز هنا لا يعني البطلان وإنما معناه عدم النفاذ أو عدم اللزوم، على الأقل في بعض التفسيرات.

والأصل عند المالكية أن عقد الهبة ينعقد نافذاً لازماً بمجرد إبرامه، ولذا يجبر الواهب على التسليم حتى ينتقل الملك [٤]، وكذا عند الظاهرية، فلا موجب للقول بالقبض لانعقادها [٥] أو نفاذها.

وعليه فإن الهبة ترتب التزاماً يمكن طلب تنفيذه قضاءً عند من قال بأن الشكل أو القبض غير ضروري، فيمكن مطالبة الواهب بتنفيذها أو ورثته، أما من قال بوجوب القبض فإن أخذ ذلك كشرط للانعقاد فانه لا يمكن إجبار الواهب عليها، ولكنه ان نفذها يكون محسناً ومستجيباً هو أو ورثته لواجب أخلاقي أي لواجب ديانةً، لا قضاءً، ويعتبر هذا

---

(١) انظر بصدد بيع الحصاة، شرح العيني على البخاري ط١ ج١١ ص٢٦٧، وبيع الملامسة: ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة الاستقامة ١٩٥٢م مجلد ٢ ص١٤٧ ومابعدها.

(٢) انظر د. محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي ط١ (١٤٠٥) إدارة البحوث بمعهد الإدارة العامة، ص٢٠٢ في الخاتمة.

(٣) انظر في الفقه الحنبلي وفي العبارة الواردة بالمتن، منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد، مرجع سابق ص٢٥، وفي الفقه الشافعي، انظر المهذب للشيرازي، القاهرة ١٣٤٣هـ ج١ (ضمن مجلد من جزئين ص٤٧٧) والشيرازي هو الشيخ أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي... توفي سنة ٤٧٦هـ.

(٤) انظر شرح الخرشي على مختصر خليل، ج٧، القاهرة ١٩٢٩م ص١٠٥، ١٠٦.

(٥) ابن حزم، المحلى، القاهرة ١٣٥٢هـ ج٩ص١٢٠، المسألة ١٦٢٩، ولكن قارن الأحناف الذين يشترطون القبض لانتقال الملكية، في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (علاء الدين أبي بكر ابن مسعود..) ج٦ (مصر ١٣٢٨هـ) ص١٢٣.

استجابة لإحدى حكم التشريع الالهي وهي «التحلي بالأخلاق الفاضلة والصفات الحميدة... التي تسمو بالمرء إلى مراتب الشرف والرفعة».[١]

ثانيًا: أهم التطبيقات الأخرى لنظرية الواجب الخلقي أو الواجب ديانة:

تطبق هذه النظرية الإسلامية العامة العادلة في كل حالة لا تتوافر فيها كل شروط الإلزام بالواجب قضاءً طالما كان الواجب ديانةً قائماً فيها شرعا، وعليه فان كافة الوقائع والتصرفات التي تفتقر إلى ركن فيها، سواء كان ركن وجود ملزم للواقعة أو شرط انعقاد التصرف [٢] أو شرط صحة، هي مما ترتب واجباًأخلاقياً أو واجباً ديانةً، طالما لا يتناق أيٌّ منها مع النظام العام الإسلامي، وهذا قول يتجاوز كل الأفكار القانونية. ونشير إلى أهم هذه التطبيقات باختصار من مجلة الأحكام الشرعية، التي أشار محققاها في هوامشها إلى امهات مراجع الفقه الحنبلي، محيلين في ذلك إليها ومشيرين إلى أهم الكتب الأخرى التي لم يرد ذكرها بالمجلة، والتي ينطوي معظمها على شروح موجزه في هذا المذهب الفقهي السائد في المملكة العربية السعودية.

١ ـ حالة الحكم للمدعي بحق لا يستحقه:

قد تحكم المحاكم للمدعي، على المدعى عليه، بحق لا يستحقه شرعاً، إما لأن دليل الإثبات الذي تم الاعتماد عليه قد داخله البطلان، أو جانب الحق، أو أعد سلفاً للكيد للمدعى عليه، بأن زور عليه توقيع لم يكتشف، أو اختلست بصمته وهو نائم، وإما لوقوع المحكمة في خطأ غير مقصود ولم يتم تداركه أو ما إلى ذلك، وهذه كلها أمور محتملة كغيرها من أسباب الحكم للمدعي بحق غير مستحق له، ففي هذه الحالة يقع على عاتق المحكوم له واجب اخلاقي، أو واجب من الواجبات المفروضة ديانةً بالوفاء بما قضي له به. وإذا كانت المادة ٢٠٤٧ من مجلة الأحكام الشرعية[٣] تقضي بأن «يحلف المحكوم له على الغائب ومن في حكمه يميناً على بقاء حقه» فحلف حالة كونه قد تقاضى هذا الحق أو لم يعد قائماً، فان ذمته تنشغل بالتزام أخلاقي بوجوب رد ما تقاضاه بناء على ذلك، أو بناء على لحن الحجة في أي حال.

---

(١) العبودي (عبدالله بن حمد بن عبدالله). الحكمة من قطع يد السارق، مجلة البحوث الإسلامية ع٢٥ (رجب ـ شوال ١٤٠٩هـ) ص٣٠٤.

(٢) معلوم في القانون الوضعي أن الباطل لا أثر له قضاءً، وهذا مفهوم في منطق هذا القانون أو ديانةً، لأنه لايعرف ذلك.

(٣) تاليف القاري (احمد بن عبدالله)، دراسة وتحقيق: ابي سليمان (د. عبدالوهاب إبراهيم...) وعلى (د. محمد إبراهيم احمد) ط١ دار تهامة ١٤٠١هـ ص٥٩٨.

فحاصل ذلك أنه لا يجوز في الدِّيْن، لمن قضي له بما لا يستحقه أن يأخذه، لأن ذلك ظلم، وفي هذا يقول الفقهاء ان «قضاء القاضي ليس هو الشرع الذي فرض الله على جميع الخلق طاعته، بل القاضي العالم العادل، يصيب تارة ويخطيء تارة، ولو حكم الحاكم لشخص بخلاف الحق في الباطن لم يجز له أخذه، ولو كان الحاكم سيد الأولين والآخرين، كما في الصحيحين عن أم سلمة، قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «**إنكم تختصمون إليَّ، ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض، فأقضي له بنحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً، فلا يأخذه، فإنما اقطع له قطعة من النار**»[1] فهل بعد هذا الهدي النبوي من هدي لمنع الظلم وحفظ الحقوق، فالحكم القضائي لا يخول المدعي ما لا يستحق، لأنه يحل اشكالاً ظاهراً، أما الحقيقة الشرعية أو الحق الباطن، فعلمه عند الله، ثم عند من قضي له دون حق، وهو ملزم ديانة برده، نزولاً على مقتضي الإلزام (الناجم عن الالتزام) الخلقي.

ويحدث عملاً أن يتهيأ للقاضي سبب لنقض حكمه، فوفقاً للمادة (٢٠٨٠) من مجلة الأحكام الشرعية «يجب على القاضي أن ينقض حكمه إذا خالف نص كتاب أو سنة صحيحة أو إجماعاً قطعياً، فيثبت عنده السبب الموجب للنقض فينقضه ولا يعتبر لذلك طلب رب الحق» وتنص المادة ٢٠٨١ من نفس المجلة على أن «ينقض القاضي حكمه إذا ثبت عنده من الشهود ما لا يرى معه قبول شهادتهم، كما لو بان أنهم فسقه، أو أنهم من عمودي نسب المشهود له أو أنهم أعداء المشهود عليه». فإذا نقض القاضي حكمه فقد استقام الأمر، ويستبين مآل الحق في ضوء الحق والدليل السليم، فإذا لم يصل القاضي إلى ما يستلزم نقضه حكمه، ولم ينقض الحكم وسلم المدعى عليه للمدعى بطلباته، وكان المدعي يعلم أنه لا حق له فيما قضي له به التزم ديانة برد ما حكم له به.

---

(١) شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مجلد ٣٥، مرجع سباق ص ص ٢٧٦: وانظر الروض المربع، بشرح زاد المستنقع، للبهوتي، مرجع سابق، ج٢ ص٣٦٨، فحكم القاضي يرفع الخلاف لكنه لايزيل عن الشيء صفته با لنًا، انظر في تعليل ذلك بالحديث الشريف الوارد بالمتن، منار السبيل للشيخ إبراهيم بن ضويان، مرجع سابق ج٢ ص٤٦٩، وإذا حكم بحق ثم بان كفر الشهود أو فسقهم نقضه ويرجع بالمال وبدل القود المتوفى عن المحكوم له، انظر المحرر في الفقه (ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح) مرجع سابق ج٢ ص٢١٠ - ٢١١، وبديهي أن يلتزم المحكوم له ديانةً برد ماتقاضاه مادام يعلم بحال الشهود ولو لم يعلم القاضي بذلك.

٢ ـ حالة عدم استحقاق الأجير الممتنع من إكمال العمل لأجر ما عمله من قبل:

تنص المادة ٦٧٧ من مجلة الأحكام الشرعية على أنه: «إذا امتنع الأجير من إكمال العمل المعقود عليه فلا يستحق أجرة لما عمل من قبل». وسبب ذلك أنه لم يوَفِّ العمل الذى تعاقد من أجله، وقد مثَّلوا لذلك بمن استأجر انساناً ليحمل شيئاً ما إلى بلد معين، فحمله بعض الطريق فحسب، أو لكي يحفر «عشرين ذراعاً فحفر.... عشرة وامتنع من حفر الباقي»[1] ، وهذا الحكم يمكن مده إلى حالات مسئولية الناقل الجوي والبحري والبري، وهو حكم عادل، لأن العامل فى الفرضين المذكورين ملزم بنتيجة وليس بوسيلة على ما هو مقرر فقها، أو هو التزام محدد كما قال مازو، ويجب اتمامه، ولا يحتج فى هذا الصدد بالحديث القدسي الذى رواه الإمام أحمد في مسنده والبخاري في صحيحه «**عن ابي هريرة رضي الله عنه، قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: يقول الله عز وجل ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، ومن كنت خصمه خصمته... (منهم)... رجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره**».[2] ذلك أن الأجير لم يوف ما التزم به[3]، أيًّا كانت طبيعة هذا الالتزام المقبول.

ومع ذلك فإن عدل الله جل وعلا يأبى على ضمير رب العمل، أن يهضم حق الأجير، ان كانت قد عادت عليه منفعة من العمل الجزئي، وأقل ما يقال في هذه الحالة أنه مثقل بالتزام خلقي بأن يعطى العامل مقابل ما أداه من عمل لأن الإسلام هو دين العدل المطلق، «والورع من قواعد الدين»[4] ومن هدي النبوة ترك ما يريب إلى ما لا يريب، وشرط كل ذلك أن تكون هناك فائدة قد عادت على رب العمل.

---

(١) ابو سليمان (د. عبدالوهاب) وعلى (د. محمد إبراهيم) في مجلة الأحكام الشرعية، مرجع سابق، ص ٢٥١ هامش٢.

يمكن القول أن هذه الجزئية عولجت إسلاميًا في مخطوطة «أكرية النونية» بمكتبة الاسكوريال قرب مدريد بأسبانيا وإن كان السياق الأصلي هو في مسألة الخسائر والالقاء في البحر وحقوق البحارة.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني، مرجع سابق ج٥ ص٢٩٥.

(٣) الشريف (د. شرف بن علي)، الإجارة الواردة على عمل الإنسان، دراسة مقارنة ط١ دار الشروق، ١٤٠٠هـ ص ص ٢٢٧ ـ ٢٧٢، ولمثل هذا أيضًا فإنه في عقد الإجارة إذا بدا للمستأجر الا يتم عقد الإيجار قبل انقضاء المدة «فعليه جميع الأجرة لأنها عقد لازم» انظر الروض المربع بشرح زاد المستقنع، مرجع سابق ج٢ ص٢١٧ لكن إذا عن للمؤجر أن يعطي المستأجر مقابل المدة الباقية أي ينتقصها من الأجرة فهذا إحسان منه.

(٤) شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مجلد ٢٩ ص٣١٥.

٣ ـ المال المأخوذ عن غش :

إن من أهم محاسن الفقه الإسلامي إبرازه نظرية البطلان الجزئي التي لم تدرس بعمق إلا حديثاً، والمقصود هو تفريق الصفقة، كمن يبيع لآخر خلاً وخمراً فان للمشتري أن يرد الخمر ويبقى العقد صحيحاً في الخل، وتعرف المادة ١٦٩ من مجلة الأحكام الشرعية ذلك بقولها «تفريق الصفقة: هو تفريق ما بيع صفقة واحدة». ولكن إذا خدع البائع المشترى وخلط له ما يجوز بما لا يجوز، فان من فعل ذلك آثم، وطالما لم يصل الأمر إلى القضاء، فهو ملزم ديانةً بتعويض المشتري عما لحقه من ضرر، فقد يكون بائع التمور قد خلط نوعين ببعضهما، على نحو لا يفهمه إلا الخبير لا الشخص البسيط العادي وعندئذ يرد البائع للمشتري الفرق، وله أن يعوضه إعمالاً لحسِّه الديني وشعوره بالإثم، ولأن هذا هو الواجب عليه ديانة ويعتبر ذلك وفاءً بالتزام طبيعي، وهكذا.

ويربط فقهاء الإسلام ذلك بالعقيدة، فالمؤمن يلتزم شرائع الإسلام، فإن خالف ذلك ألزم قضاءً بما يرد على العباد حقوقهم، وإلا فإنه يكون ملزماً ديانة بذلك، فليس لبائع أن يُدخِل صوفًا لا ينتفع به، فيخلطه بمشاق الكتان على سبيل التدليس وكتمان ذلك على المشتري، والقاعدة أن «كل ما كان من الغش في المطاعم والملابس وغير ذلك إذا لم يعلم مقدار الغش، فإنه ينهى عن ذلك».[1] فإذا لم يتم تدارك ذلك قضاءً وجب جبر الضرر ديانة، ويسري ذلك على حالات الفوائد الربوية التي يأخذها المرابى من الناس وما جرى مجراها، والتي تحتاج إلى دراسة تفصيلية.

والحاصل من كل ما تقدم أن نظرية الالتزام الخلقي في فقه الشريعة الغراء أعم من أن تحدها فروض نظامية أو قانونية، وأنها لذلك يجب أن تحل محل نظرية الالتزام الطبيعي في الدول الإسلامية التي تطبق القوانين الوضعية، فلا خير إلا في شرع الله.

---

(١) شيخ الإسلام ابن تيمية، مجموع الفتاوى، مرجع سابق، مجلد ٢٩ ص٣٦٢، ٣٦٣.

المبحث الثالث

أثر عدم الوفاء بالالتزام الخلقي

من شُغلت ذمته بالتزامٍ خلقي، تعيَّن عليه الوفاء به، وإلَّا ترتبت على ذلك آثار شرعية هامة منها:

أولاً: تحمل الجزاء الأخروي:

نعم لا يستطيع صاحب الحق، الذي لم يعد من الممكن سماع دعواه، أن يطالب به، أو يجبر المدين على الوفاء به، ولكن الأمر في مجال الشريعة الغراء، لا ينتهي عند هذا الحد، إذ يصبح المدين أهلا لتحمل الجزاء الأخروي، ذلك أن أهم ما يميز القاعدة الشرعية، إنها ذات جزاء أخروي، فإذا افْتَكَّ العبد من الجزاء الدنيوي، فأنى له الهروب من الجزاء الأخروى.

وعلى ذلك فإن الذين يضحكون، بعد خروجهم من ساحات المحاكم، لأن خصمهم خسر دعواهُ، رغم أنَّه صاحب الحق فيها، أو الذين يضحكون، لأن صاحب الحق تركهم مدة طويلة دون أن يطالبهم بمستحقاته حتى أصبح من غير الممكن سماع دعواهم، هؤلاء يضحكون على أنفسهم، ولهم في الآخرة عذاب شديد.

وأساس ذلك أنهم لم يُحكِّموا ضمائرهم فيما يثقل كاهلهم من التزامات، فخالفوا قول الله تعالى: **﴿وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولاً﴾**[1]، كما خالفوا الطبيعة الإنسانية الخيِّرة فيهم، وخانوا أماناتهم، فصاروا من المنافقين الذين إذا ائتمنوا خانوا. وقد قال ﷺ **«آية المنافق ثلاث، إذا حدَّث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا أُئتُمن خان»**[2]، كما خالفوا مقتضى عقيدة التوحيد[3] التي تقوم على صدق العهد مع الله، فأصبحوا كاذبين. وقد قال الله تعالى: **﴿ فأعقبهم نفاقا في قلوبهم إلى يوم يلقونه، بما**

---

(١) سورة الإسراء: من الآية ٣٤.

(٢) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب ٢٤.

(٣) د. محمد شتا أبو سعد: متبعون لامبتدعون، الرياض ١٤١٢هـ ص٨٥ و ١٥٠.

أخلفوا الله ما وعدوه وبما كانوا يكذبون ﴾[١].

وتحكيم الضمير في مسألة وجوب الوفاء بالالتزام الخلقي، تعني في الحقيقة كمال عقيدة الشخص، وصيرورة ظاهره كباطنه، بحيث ينبع الإلزام من ذاته، لا خوفا من المجتمع ولا تحسبا للوم الناس، بل خوفا من النفس ذاتها، أي نفس الشخص، تلك النفس التي اطمأنت لشرع الله فلم تخالفه، ولامت نفسها عند كل نازعة شر، أو بارقة إحساس بضر يحتمل ايقاعه بالغير، فينبع الالزام الذاتي في نفس الإنسان، من منطلق نور الحق الذي أودعه الرحمن في أعماق كل إنسان، اتقاءً ليوم لا تجزى نفس عن نفس شيئا، فيه توفى كل نفس ماكسبت، وتجد ما عملت من خير محضرا، وحيث لا تكسب كل نفس إلا عليها، يوم لو أن لكل نفس ظلمت مافي الأرض لافتدت به، يوم لا تجادل النفس فيه عن نفسها، لصعوبة ذلك عليها إن كانت قد ظلمت غيرها، ولأجل هذه المعاني كلها، ولرد ظلم الإنسان عن أخيه الإنسان، ووجوب تحرك ضميره للوفاء بما عليه قبل يوم الجزاء يقول الله تبارك وتعالى: ﴿ **واتقوا يومًا لا تجزي نفسٌ عن نفس شيئا ولا يقبل منها شفاعة، ولا يؤخذ منها عدل ولا هم ينصرون** ﴾[٢] وقال جلّ شأنه: ﴿ **يوم تجد كلُّ نفس ما عملت من خير محضرًا، وما عملت من سوء تود لو أن بينها وبينه أمدًا بعيدًا، ويحذركم الله نفسه والله رؤوف بالعباد** ﴾[٣] وقال تعالى: ﴿ **فاليوم لا تظلم نفسٌ شيئا ولا تجزون إلا ماكنتم تعملون** ﴾[٤].

فهل بعد ذلك يستطيع إنسانٌ أن يأكل مال غيره بالباطل، إن ظن إنه ليس هناك التزام مكفول بالجزاء القضائي؟، فهناك التزام أعظم هو الالتزام الخلقي المكفول بالجزاء الإلهي، وما أعظمه من جزاء، وما أردعه من جزاء، وما أعدله من جزاء.

ثانيًا: تحمل عناء وخزالضمير الإنساني:

إن المسئولية الخلقية، التي هي التعبير الأشمل عن الالتزام الخلقي، تتسم بسمات عقدية، جعلتها تحرك في الإنسان المسلم كوامن تصوراته الداخلية لكي تتفق مع الحقيقة الإيمانية، فلا يخالف أمر الله بالوفاء بما التزم به، أيًا كان زمان أو مكان هذا الالتزام،

(١) سورة التوبة، الآية ٧٧.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٤٨.
(٣) سورة آل عمران، الآية: ٣٠.
(٤) سورة يس: الآية ٥٤.

فإن خالف شرع الله، كان له، فضلا عن الجزاء الأخروي، أن يتحمل عناء وخز الضمير، حيث أودع الإله في أعماق كل مسلم محكمة، فيها عدل الله الأبدي، ونور الحق السرمدي، ميزانها الحق، وغايتها الانصاف، وشهادتها هي عين الصدق، لأنها محكمة خفية، لا يستطيع أن يتهرب منها إنسان، أو أن ينأى من عدالتها آثم، وكيف لا وهي منار السبيل لعدالة الآخرة، حيث قدم لنا الملك الرحمن كل مايصلح النفس وينأى بها عن وخز هذا الضمير، وعناء هذه المحاكمة.

وبيانًا لذلك يقول الحق تبارك وتعالى: ﴿ وكل إنسان ألزمناه طائره في عنقه ونخرج له يوم القيامة كتابا يلقاه منشورا ﴾[1] ﴿ اقرأ كتابك كفى بنفسك اليوم عليك حسيبًا ﴾[2]. ولذا فمن حق الإنسان أن يخاف الآن عذاب ضميره، قبل أن تكون النفس عليه حسيبًا يوم القيامة، حيث يتأكد له أن الأمر جد لا هزل فيه، وإن الحساب حق لا جدال معه، وأن الملكان يكتبان وإن الإنسان بيده أن يكون من أصحاب اليمين، قبل أن يقول مع القائلين ﴿ يا ويلتنا ما لهذا الكتاب لا يغادر صغيرة ولا كبيرة إلا أحصاها ووجدوا ما عملوا حاضرا ولا يظلم ربك أحدا ﴾[3].

ويتمثل وخز الضمير، في أنه يعرض على من يأكل حقوق غيره، الحقيقة كاملة، بلا تزييف ولا زيادة ولا نقصان، ينبهه إلى أن الإلزام الخلقي ينبني على أن النفس لا يجب أن تخفي عن المخلوقين ما سيطلعه عليهم رب العالمين، يوم يرد إليهم حقوقهم، ويعيد إليهم غصوبهم ﴿ وإن تبدوا مافي انفسكم او تخفوه يحاسبكم به الله ﴾[4]

ثالثًا: التردي الشخصي في الخطيئة:

وإذا كان عذاب الآخرة ووخز الضمير أمرين واقعين بالنسبة لكل من ظلم غيره، ولم يف بما عليه من التزامات، حتى وإن كانت هذه الالتزامات التزامات خلقية، فإن محصلة ذلك أن المسئولية عن الوفاء بالالتزام الخلقي هي مسئولية شخصية، فمن ظلم غيره، يقع وحده تحت طائلة المسئولية. وربما كان هناك أب يظلم من أجل ابنه أو أخ يظلم من أجل أخيه أو زوج يظلم من أجل أهل زوجته أو كبير يظلم من أجل عصبيته وسمعته، فكل من

---

(١) سورة الإسراء الآية: ١٤.
(٢) سورة الإسراء، الآية: ١٥.
(٣) سورة الكهف، من الآية ٤٩.
(٤) سورة البقرة، من الآية: ٢٨٤.

ظلم من هؤلاء يتردى ترديًا شخصيًّا في الخطيئة، ولا يمحو عنه خطاياه إلا وفاؤه بما يثقل كاهله من التزامات وأخصها تلك الالتزامات الخلقية أو الواجبات ديانة، بحسبان إنها لا تجد لها في الحماية القضائية موئلًا يخيف الظالمين ومغتصبي الحقوق ومنكريها، ومن حكم لهم بهـا دون وجه حق، ومن أقسموا زورًا أنهم غير مدينين بها، ومن تقع عليهم نفقة فيتحاشون الوفاء بها فكل من هؤلاء منكر لالتزام خلقي يثقل كاهله، وسيتحمل وحده جزاء خطيئته، ولا يمكن أن يتحملها عنه شخص آخر سواه.

قال تعالى: ﴿ **ومن يكسب إثما فإنما يكسبه على نفسه** ﴾[1] وقال سبحانه: ﴿ **لها ماكسبت وعليها ما اكتسبت** ﴾[2] وقال عز من قائل: ﴿ **ولا تزر وازرة وزر أخرى** ﴾[3]، وقال أصدق القائلين: ﴿ **تلك أمة قد خلت لها ماكسبت ولكم ماكسبتم ولا تسألون عما كانوا يعملون** ﴾[4].

والـذين يتـدعـون للناس في حياتهم أمورًا لمساعدتهم على عدم الوفاء بالتزاماتهم مجازون معهم، وليس في ذلك أدنى انتقاص من مسئولية من استشاروهم أو وكلوهم أو أخذوا بآرائهم أو ركنوا إلى حججهم. قال ﷺ: **«من سن في الإسلام سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أجورهم شيء، ومن سن في الإسلام سنة سيئة كان عليه وزرها ووزر من عمل بها من بعده، من غير أن ينقص من أوزارهم شيء»**[5] أو كما قال ﷺ.

رابعًا: تحمل تبعة الركون إلى الهوى:

الذين لا يفون بالالتزامات الخلقية، هم ممن آثروا الحياة الدنيا، واتبعوا أهواءهم، والهوى يردى إلا من عصم الله، ولا يجوز لأحد أن يفرح أن أحدا نال حقوق غيره لعدم جواز سماع دعوى هذا الغير أو لأي سبب آخر، وتقليده في مسلكه، وإلا فشت فاشية تقليد المنكر، ودالت حقيقة الأمر بالمعروف. قال تعالى: ﴿ **ولكنه أخلد إلى الأرض واتبع**

---

(١) سورة النساء، من الآية: ١١١.

(٢) سورة البقرة، من الآية: ٢٨٦.

(٣) سورة الإسراء، من الآية: ١٥.

(٤) سورة البقرة، الآية: ١٣٤.

(٥) مختصر صحيح مسلم للحافظ المنذري، الكويت، الحديث رقم ٥٢٣.

هواه ﴾[١] وعلى ذلك فمن ساير الآخرين في إضاعة الحقوق، أو ظن أنه طالما لا يستطيع الدائن أن ينال حقه من طريق القضاء فهو حل من أمر الوفاء، من فعل ذلك، فعليه أن يتحمل تبعة الركون إلى الهوى، في أمر يدخل في صميم العقيدة، دون أن يكون مضطرًا إلى ذلك، ولا مجبرا عليه، وذلك قد يذهب بإيمانه، لأنه لم يستطع مقاومة هواه والتغلب على نوازع الشرفي أعماقه، فقضى على نور العقل في داخله، وتجرد من حاسة الإيمان في ذاته، ولم يستطع الوقوف أمام نزعاته ولا أمام نزغات الشيطان، والتمس في المادة جاذبيتها الحسيَّة، ونأى في الواقع عن جوهر القيم الروحية، ومثل هذا الإنسان عليه أن يتحمل تبعة الركون إلى هواه، وتغليب شهواته، وحبه للمال، على هدى أعلم العالمين وأحكم الحاكمين **﴿ إن النفس لأمَّارة بالسوء إلا مارحم ربي ﴾**[٢].

إنه لا يتصور أن يمتنع أناس عن الوفاء بالالتزامات الخلقية التي تثقل كاهلهم، في الوقت الذي تقدم لنا فيه السُنة المطهرة، حالات يجرم فيها الناس ويتقدمون لإنزال الحد الشرعي بهم، كما هو معلوم في بعض حالات الزنا، حيث أتوا تلقائيًا، مقرين بجرمهم، ويطلبون تطبيق الحد الشرعي عليهم، فأين هؤلاء من هؤلاء. إن أقل مايقال لمن لا يقومون بالوفاء بحقوق غيرهم حتى وإن تعلق الأمر بالتزامات خلقية، إن الندم هو السبيل الوحيد لانفتاح باب التوبة، ومن ثم الوفاء بحقوق الغير عن طواعية واختيار، لا عن قهر وإجبار، فبذلك تتجلى أهمية تأسيس الالتزام الخلقي على المسائل العقدية، وقد قال ﷺ **«إن الله عز وجل ليقبل توبة العبد مالم يغرغر»**[٣] فإذا استجاب الإنسان لنداء الديان، كسب نفسه، وإن أبى إلا أكل أموال الناس بالباطل، فقد خسر نفسه، وتحمل تبعة الركون إلى هواه، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

---

(١) سورة الأعراف، من الآية: ١٧٦.

(٢) سورة يوسف، من الآية: ٥٣.

(٣) صحيح مسلم ـ كتاب التوبة ـ الباب الخامس.

الخلاصـــــــة

يمكن القول أن هذا البحث قد انتهى إلى خلاصة حاصلها:

١ ـ إن الالتـزام المسمى بالالتـزام الطبيعي لازال يشكل على الصعيد العلمي مشكلة تحتاج إلى مزيد من الدراسات: ذلك أن أقصى ماقيل فيه، إنه إلتزام غير مشمول بدعـوى قضائية لحمايته، ولذا برز التناقض العلمي حول تسميته: فكيف يكون التزاما وكيف يكون غير ملزم.

٢ ـ والنـظرية الإسلامية قدمت الحل لهذا التناقض فبحثت طبيعة هذا الالتزام بحثا عقديًا شرعيًا لا بحثًا وضعيًا، ولما كانت الأخلاق جزءًا لا يتجزأ من الشريعة الغراء، فإن الفقه الإسلامي استطاع أن يسمي الأمور بأسمائها ويطلق على هذا الالتزام اصـطلاح الالتـزام الأخـلاقي، فمصـدره أخلاق الإسلام كجزء من العقيدة، أو اصطلاح الواجب ديانةً.

٣ ـ وإذا كان البعض لازال حائرا في تحديد طبيعة هذا الالتزام فمن نظرية تقليدية تقول بوحدة الطبيعة بين الالتزامين المدني والطبيعي إلى نظرية حديثة تغاير بينهما، وفي كل الأحوال يبقى هذا الالتزام في حاجة إلى نصوص تقره حتى يستطيع القاضي أن يأخذ بمضمونه.

٤ ـ فإن النظرية الإسلامية استناداً إلى مصادرها الأساسية المتفق عليها وهي القرآن والسنـة وإجمـاع علمـاء الأمـة والاجتهـاد في نطاق المصـادر الثلاثة الأولى، قد استطاعت، أن تصل إلى طبيعة هذا الالتزام وهو أنه التزام ملزم أخلاقا، وهو بهذه المثـابـة ملزم ديانة، فالالتزام الطبيعي، يجسد فكرة الواجب ديانة، كمقابل لفكرة الواجب قضاء، وإذا كان كل واجب قضاءً ينطوي على واجب ديانة إلا أنه ليس كل واجب ديانة يعتبر واجبا قضاءً.

٥ ـ وعلى ذلك فإنه إذا كان الأساس المعروف الآن للنظرية المسماة بالالتزام الطبيعي عند البعض، وفي آخر مراحل التطور يكمن في الأخلاق أو التزامات الشعور أو الضمير، فإن هذه الأخلاق لا تلزم في غير مجال الشريعة الغراء إلا بعد أداء الالتزام أو الوفاء به، حيث أن ما تم الوفاء به عن بينة لا يجوز الرجوع فيه.

٦ ـ أما في المجال الشرعي فإن الأخلاق ملزمة دائمًا وإلا تعرض الإنسان لجزاء أُخروي وهذا يدفع المدين بالتزام أخلاقي إلى وجوب الوفاء به.

٧ ـ وتأسيسًا على ماتقدم فإن النظرية غير الإسلامية في مجال الالتزامات الطبيعية هي نظرية نسبية معيارية تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان، ذلك أنها تتطور بتطور الفكر الإنساني في مجال الأخلاق، ويترتب على ذلك أن هذه النظرية تحتاج إلى آراء فقهية مستمرة تبين مايعتبر وما لا يعتبر التزامًا طبيعيًا حسب الشعور الجماعي العام والضغط الاجتماعي والرغبة المستمرة في التطوير.

٨ ـ وفي مقابل ذلك تقف النظرية الإسلامية في الالتزام الخلقي على أرض ثابتة هي أرض العقيدة، التي تجعل من هذه النظرية فكرة محددة المعالم، وغير محصورة الفروض، فالإسلام دين كامل، والأخلاق كجزء منه هي بدورها إطار كامل ومحدد، ولذا فإن نظرية الالتزام الخلقي إذ تستند إلى الأخلاق فإنها فكرة ثابتة وليست معيارية، وثباتها لا يعنى جمودها، بل يعنى انضباط الفكرة التي تنبثق منها، واتساعها لكل متقضيات الاجتهاد في الإسلام، واستجابتها لكل الأعراف الصحيحة، أي التي لا تعطل نصًا ثابتًا أو أصلاً قطعيًا في الشريعة الغراء[1].

٩ ـ وإذا كان القاضي يبحث لنفسه دائمًا عن معايير وضوابط تجعله لا يتقبل من الالتزامات الطبيعية في المجال الوضعي إلا مايتناسب مع إرادة المجتمع وواضع النص، وتحري فكرة النظام العام.

١٠ ـ فإن القاضي المسلم، لا يجد نفسه ملزمًا بأفكار وضعية مرنة يختلف تقديرها، ففكرة النظام العام من الأفكار الهلامية المرنة التي تتأبى على التحديد والضبط، ولذا لا يجد القاضي المسلم نفسه ملزمًا بها، بل يلتزم بفكرة شرعية هامة هي فكرة النظام العام الإسلامي، أو بالأحرى فكرة المصلحة الإسلامية كفكرة شرعية لا كفكرة مادية نفعية، ومن خلال ذلك فإن كل مايحمي مصالح الناس المالية يعتبر جزءًا لا يتجزأ من فكرة النظام العام في الإسلام، وبذا يكون اجتهاد القاضي المسلم بصدد فكرة الالتزام الخلقي أو الالتزامات الخلقية، أو الواجب ديانة، اجتهاد لا يتقيد بإرادة جماعة معينة في المجتمع، لأن المصالح الاجتماعية النفعية تتفاوت، بل

(١) انظر بحثًا قيمًا وموسعًا في هذا الصدد للأستاذ الدكتور صالح بن غانم السدلان، بمجلة البحوث الفقهية المعاصرة، ع١١ (ربيع الآخر ـ جمادى الآخرة ١٤١٢هـ) ص ٣١ بعنوان: قاعدة «العادة محكمة». ود. محمد شتا أبو سعد، مستقبل التشريع الإسلامي، ج٣، لا ضرر ولاضرار في الإسلام ط ١٩٧٦م ص٢٧ ومابعدها تحت عنوان قاعدة: العادة محكمة.

اجتهاد يتقيد بإرادة الشارع الحكيم الذي لا يظلم الناس شيئا وإن كان الناس أنفسهم يظلمون.

١١ ـ إن الذي لا يوفي بالالتزام الطبيعي، في غير النظام الإسلامي لا يتعرض لجزاء، أما في الإسلام فإن عدم الوفاء بالالتزام الخلقي يوقع الشخص تحت طائلة الجزاء الأخروي ومحاكمة الضمير، والتردّي الشخصي في الخطيئة وتحمل تبعة الركون للهوى. هذا وبالله التوفيق.

" ملخص البحث بالانجليزيه "

NATURE AND CASES OF MORAL OBLIGATION IN ISLAM

Dr. Muhammad Ibn Muhammad Shitta Abu Saad.*

In this life, man is found in either one of these two situations: either a creditor or a debtor. If he was a creditor, it is his right to obtain his dues however long they remain undemanded, and they are not dropped by prescription: and if he was a debtor, it is his duty to repay and fulfill those obligations inspite of prescription. The due repayable right is the positive aspect of the debt, and the negative aspect of that when a right becomes too difficult to demand because of the long prescriptive period. In this case it would be rather impossible to force the debtor to fulfill that obligation. However, morality in Islam obliges the debtor, by his own option to fulfill the dues on him, which is known as the moral obligation.

Nature of Moral Obligation in Islam:
Firstly:- The Idea of Moral Obligation:-

* Prescription results in not hearing a case, whether it is a case of debt in cash or in kind. Hence the right is dropped and the obligation of the debtor is no longer guaranteed by the judiciary and it can not be obliged. Based on that, the one who lays his hand on a property for a period of time long enough to render hearing a case on that property impossible, then it is not permissible for the judge to hear it. The period of time which prevents hearing a case is between fifteen years and thirty three years. Imam Malik determined the period by ten years as concerning the possession of real estate if the possessor was unrelated, but if he was next of kin, then the period would reach sixty years. As for assets, the period might be one year for a garment, three years for the beast of burden and household items. As for the fixed debts the period of their prescription ranges between twenty years when there is no excuse and thirty years. Ibn Rushd stated that the period of prescription would not have any effect on such debts as they remain constant on one's responsibility. It is also stated that the question of prescription is left for the discretion and the independent reasoning of the judge, so as to determine the period of time for each case. For this reason obligation in all its sorts requires and obliges the debtor to fulfill his dues. If the period of time was too long to permit hearing the case, the debtor should be morally obliged towards the fulfillment of the dues on him, relying on the Islamic morals which are considered an unseparable part of the Islamic faith.

Secondly:- The statement of the theory of moral obligation or duty is religious by reference. This means that if someone was indebted and the legal motive for hearing the case on that debt no longer existed, he would be obliged to respond to the religious duty or the Shari'a morals and fulfill the dues on him.

* Ex-Professor in a number of Arab Universities.
- Counselor in the Egyptian court of Appeals
- Works now as consultant in the General Organization for Social Insurance in Saudi Arabia.

Thirdly:- The analysis of the statement : The analysis of this statement is done through the discussion of these points:-
1 - The moral obligation in Islam is an inseparable part of the Islamic legislation, which sets the rules of faith and of religious rituals, and it also contains the behavioural rules which aim at elevating the souls to the highest human levels towards perfection.

The morals in Islam are part of faith and one source of obligation. The Shari'a trains the people for doing the righteous, and deter them from devouring the rights of the others wrongfully, whether that right was dropped by prescription, or it was a due payable right due to a moral motive based on fruitful work or cooperation. For these reasons the theory of moral obligation remains part of the concept of the Islamic Shari'a, as it is comprising all that is ordained by Almighty Allah to His creatures in the form of beliefs, worships, morals, transactions and the means of life in its different aspects, to enable them achieve happiness in this life and in the Hereafter.
2 - The moral obligation is always supported by the text. Some examples of the texts which oblige fulfilling one's dues are seen in the following verses :-

"And if one of you
Deposits a thing
On trust with another
Let the trustee
(Faithfully) discharge
His trust."[1]

And in another verse Almighty says:-

"Eat not up your property
Among yourselves in vanities."[2]

And in another verse He says:-

"God doth command you
To render back your Trusts
To those to whom they are due."[3]

Prophet Muhammad, peace be upon him said, "a hand is obliged by what it has taken until it pays it back."

So rendering back the trusts is supported by text, and the Islamic morals, being part of the Islamic legislation, acknowledge it even if there was no evidence to support having a right on that trust, or that a long period of time has passed, prevening the demand of that trust. An example of that is seen in forbidding eating the property of other people in vanities, whether by way of bribes or a dishonest work, or getting rich with no obvious reasons as in the normal state of affairs. In the same footing comes the

---

(1) Surat-ul- Baqara verse 283
(2) Surat-ul- Nissa verse 29
(3) Surat-ul- Nissa verse 58

* Vol. III Twelfth Edition 1992, contemporary Jurisprudence Research Journal*

fulfillment of obligations which is absolute as far as time and property eaten through usury are concerned. Morally property eaten in such a way should be rendered back to its owner, as obliged by the Shari'a texts and the Islamic morals.

3 – The Moral Obligation or the Religious Duty as a Unique Source of Obligation:-

The morals alone do oblige in Islam even if they are not supported by text because the texts of obligation are limited whereas the occurences of people are unlimited. Therefore (Ijtihad) or independent reasoning might not reach the essence of the obliging principle, hence, morals remain a basic part of the Islamic legislation obliging by themselves, relying on the statement that morals are part of the faith of unification and that they are part of the ordinances of the religion.

4 – The morals are one source of the ethical obligations in dealings and transactions:-

Morals are an educational aim in the worships and an ethical obligation in dealings, rendering the life of people based on fairness and right and leading to the following:-

a – the fulfillment of the dues which are not obligating situationally is a response to a religious duty whose origin is morals. Being so it is an approach to Almighty Allah.

b – this fulfillment is an observation of the virtues of the Holy Book and the Sunnah, and what encouragement they diffuse in the soul of the virtue seeker for the restraint of appetite and greed for wealth.

c – it also means the elevation of the soul in the higher levels of faith where the essence is the same as the appearance, and the fulfillment of the religious duty is something which emerges from the inside of man and not as a result of any material or moral coercion.

5 – Moral obligation is based on the idea of kindness:-

which is the state of worshiping Allah as if you see Him, and if you do not see Him, He sees you. The worship which is not accompanied by the righteous work is not enough. That is why kindness should enter the field of dealings and interactions. In case that happens, man would reach the level of obliging himself with the morals of Islam and performing all the duties ordained by the religion, bearing in mind this idea of kindness, which advocates the following:-

a - The duty to fulfill all the obligations in which the mandatory element is rendered ineffective and weak, and so those obligations became a religious duty such as the dues on which a long period of time has passed rendering them unclaimable because cases on them can not be heard.

b – The fulfillment of the obligations which do not reach the level of duties. Kindness means that a person should be sincere and devoted, having no doubts in his faith. When one is like so, he would judge by his mind and listen to his sense of justice. Social pressure and the testimony of the group would not be the reason for the fulfillment of those duties, but it is the conscience of the individual which urges him in this case.

c – The fulfillment of all the obligations which are not supported by any case, whatever the reason for that might be. To be able to do that, the purpose of the ordered must coincide with that of Allah Almighty in that legislation, so that all the affairs of the people are to be based on justice and no right is to be lost in vain in Islam. The religious

sanctions deeply rooted in the human soul, guided by the nature of following the righteous, would lead màn for the fulfillment of the obligations, even if they are not supported, all this hoping for the reward from Allah and fearing his punishment in the Hereafter.

The Situations of Moral Obligation or The Religious Duty in the (Fiqh) of Shari'a :-
Firstly:- This theory includes unlimited cases, the Islamic jurisprudence formulated a general theory which is the theory of moral obligation or the religious duty. It is an original theory with unlimited applications in the (Fiqh) of the Shari'a because of the generalization of the principles in the Holy Quran and the Sunnah, upon which that theory is based. These applications are special aspects which have a common factor in the Shari'a. This factor states that not all due rights are to be demanded through the judiciary, but these rights are to be fulfilled as a religious duty in response to the religious ordinance upon which the theory of moral obligation is based. This is one statement which affirms the superiority of the Shari'a of Allah. This theory is also characterized by being a rich theory, where (Ijtihad) independent reasoning, being one source of legislation, may bring upon it an automatic renewal ready to contain all the probabilities which are included in the present text.

Secondly :- The Applications of the Theory of Moral Obligation in The Kingdom of Saudi Arabia:

Within the Shari'a which is applied in all aspects of life in the Kingdom of Saudi Arabia, no right is lost in vain. The idea of prescription here is not acknowledged, but instead the idea of not hearing a case is adopted but without violating anybody's due rights. This is derived from the resolution of the Council of Ministers No. 990 dated 15/6/1396 and from the explanatory note on the regulation of the Saudi commercial transactions issued under the royal decree No. M/37 dated 11/10/1383. In this regulation the word prescription was not used, and instead the expression not hearing the case was substituted. All this in observation of the Shari'a rules which do not acknowledge the dropping of the right through passage of time.

Islam obliges the debtor to fulfill his due debts and that is a judicial obligation in every debt for which the elements of that obligation are completed. In case that an element of that obligation was not complete, that judicial obligation becomes a .religious obligation. Prophet Muhammad, peace be upon him asked the protection of Allah from debts. He , peace be upon him, said, "the one who took the rights of the others, with the intention of rendering them back, Allah would help him, and if he took them with the intention of destroying them, Allah would destroy him." Islam urged the people to fulfill their debts. Prophet Muhammad, peace be upon him said, "the soul of the believer is suspended until all dues on him are fulfilled:"

The Extent of The Theory of Moral Obligation or Religious Duty To Include The Solutions Adopted By The Secular Theory:-

The applications advocated under the theory of natural obligation are numerous, but the obligation in these applications is not referred to a religious contractual element or even the notion of any punishment, contrary to the Islamic theory in which the obligation is referred to the Islamic faith and to the idea of kindness contained in it as being

* Vol. III Twelfth Edition 1992, contemporary Jurisprudence Research Journal*

an obliging idea religiously. The most important applications mentioned in the secular theory and which affirm, after being studied, the superiority of the Islamic theory are seen in the following obligations:-

1 – **Alimony:-** Alimony in the Fiqh of Shari'a is obligatory on the husband to his wife and on the ancestors to the descendents and on the descendents to the ancestors. But as for the marginal relatives, the Malikis and the Shafies thinks that alimony is not obligatory to them. The Hanbalis and the Hanafis say that alimony is obligatory to marginal relatives, although the Hanafis limit it to the cognate relatives and exclude the marginal relatives. Alimony becomes obligatory to cognate relatives and marginal relatives if all its conditions are fulfilled, some of which are the poverty and inability to earn of the one to receive it and the ability of the one to donate it, who should also be an inheritor of the one given. According to the Islamic principle in this concern, it is known that whenever the obligation of the judicial support is lacking in a case (of debt) then it turns into a religious duty. Hence whenever one reason for the obligation of alimony from the husband to his wife, or from the ancestors to the descendants or the marginal relatives and the cognate relatives and their ancestors is lacking, then there would not be any judicial obligation, but nevertheless there is the moral obligation to give alimony to them,

2 – The Rights Which Are Not Claimed For a Long Time.

There is natural obligation as concerning the rights which remain unclaimed for a long period of time, until they lack the element of responsibility or compulsion and are kept on the factor of indebtedness. A right is never dropped by prescription in Islam. No right is ever lost in vain. All that may result from claiming a right for long period of time is only that a case on it may not be heard, but the case would not stop at this point for the debtor would be for ever responsible religiously for the debts he had taken. This means that the obligations due on someone change from obligations supported by the judicial force to religious obligations. The difference between prescription and not hearing a case is seen in the effect of each idea. Prescription results into a natural obligation under the secular law, where not hearing the case means the persistence of the right as a religious right on which the debtor is ever responsible infront of Almighty Allah and he is never acquitted unless it is fulfilled.

3 – The Disposition Not Fulfilling All Its Elements :-

This kind of disposition is considered invalid absolutely in the secular law, but is resulting in a natural obligation. The dominant opinion is that the voluntary execution of the contract of the gift, invalid for not fulfilling all its elements from the side of the inheritors is considered permission from their side as if it was in execution of a natural obligaiton. It is affirmed in the Fiqh of the Shari'a that stipulating (Qabd) possession in the contract of kind or the official contracts does not mean that the contract is initiated without any will or intention, for the reason that the fulfillment of all the elements neither gives rise to a disposition out of nothing, nor does the lack of that render it to nothingness.

The (Fiqh) of the Shari'a does not stipulate that the gift contract is to be concluded in a certain format, but what is stipulated in some schools of thought is the (Qabd) pos-

session. According to the Hanbalis and the Shafies, ownership is not transferred except by (Qabd), but it is not executed, which means that the terms of the contract do not take effect without being invalidated.

According to the Malikis, the contract of the gift is concluded and executed immediately after its conclusion. Hence the gift giver is compelled to deliver the gift so that ownership is transferred. So the contract of the gifts results in an obligation which can be claimed to be executed judicially, according to those who advocate that (Qabd) is not necessary for the conclusion of that contract. But those who demand that (Qabd) is obligatory for the conclusion of the contract, then the gift giver can not be compelled to deliver the gift, but morally if he or his inheritors carry out that delivery, he would be considered a doer of good, responding to a moral duty or a religious duty and not to a judicial resolution.

Secondly:- Other Important Applications of The Theory of Moral Obligations:-

This Islamic general theory is applicable on every case which does not fulfill all the conditions of the judicially due obligations and as long as the religious obligation is applicable on it. Therefore all the occurrences and dispositions which lack one or more factors would result in a situation of moral obligation or religious obligation when no one of these dispositions contradict with the general Islamic order. This statement surpasses all the legal doctrines. Some of these important applications are the following:-

1 – The Situation of Adjudging a Right for a Plaintiff Uneligibly :-

Sometimes the courts adjudge a right for a plaintiff uneligibly in the Shari'a, either because of an invalid evidence or because of a fraud. In such a case there is a moral obligation on the one for whom a right is given uneligibly, to render back what he had been given wrongfully. It is not permissible in the religion for the one to take what one does not deserve, because there is injustice in that. Prophet Muhammad, peace be upon him said, "you would come to me with your litigations and disputes, and probably one party would be more eloquent and would present stronger arguments and so I would adjudge in his favour according to what I heard. If I adjudge for one of you from the right of his brother, let him not take it, for if he did, it would be as if I gave him a piece from Hell."

2 – Non - eligibility for Pay for Uncompleted Job :

When the hired worker refuses to complete a certain job contracted for, he would not be eligible for pay for the part done. The reason for that, he did not fulfill all the work he contracted for. The hired worker is obliged by an outcome and not by a means as it is acknowledged juristically for this is a limited obligation which must be completed. Nevertheless, the divine justice would not allow the conscience of the employer to deny the worker his due right as long as the employer benefited from the partial job done by the worker. In this case the employer is morally obliged to pay the hired worker something in return for the partial job done.

3 – Money Earned by Fraud:-

One advantage of the Islamic jurisprudence is the initiation of the theory of parital invalidity. What is meant by that is the separation between the items in a deal, such as the case when somebody sells wine and vinegar to somebody else. The buyer is allowed

" Vol. III Twelfth Edition 1992, contemporary Jurisprudence Research Journal"

to refuse the wine and keep the vinegar, and the contract on that deal would still be valid as far as vinegar is concerned. But in case that the seller deceived the buyer and mixed the two items, then he would be a sinner. Morally he is obliged to pay compensation to the buyer for the damage he had undergone. The jurists of Islam connect that with faith. A believer should observe the rules of Islam, and if he violates that, he would be obliged judicially to render the rights of the other creatures, or otherwise he would be obliged religiously to do so.

From all that is narrated, it can be seen that the theory of moral obligation in the (Fiqh) of the Islamic Shari'a is too broad to be contained within legal impositions, and hence it should replace the theory of natural obligation applied in the Islamic states which follow the secular legislations. There is no good except in the Shari'a of Allah Almighty.

Results of Not fulfilling Moral Obligation:-

When there is moral obligation on somebody, he should fulfill it otherwise very serious Shari'a effects would result from that. These can be manifested in the following:-

Firstly :- Bearing penalty in the Hereafter:-

The most important thing which caracterizes the Shari'a principle is the penalty or reward in the Hereafter. If the servant escapes penalty in this world, there will be no way that he escapes penalty in the Hereafter. Those people who are happy now in this world, when a court gives them a right which they are not entitled for rightfully, they would laugh now but in the Hereafter they would receive the most severe of punishments. All this because they did not listen to their conscience and rendered all the obligations on them, doing opposite to what Almighty Allah ordained as in the verse :-

"And fulfill
Every engagement
For (every) engagement
Will be enquired into
(On the day of reckoning)"[(1)]

Listening to one's conscience would mean the completion of one's faith and that his inside is the same as his outside, where fulfilling obligations would emerge from within him and not as a response to the fear from the society but rather fear from one's own self, the self which remains calm and submits to the Shari'a of Almighty Allah.

Secondly :- Bearing pricking of conscience :-

The moral responsibility is characterized by having some glimpses of faith which would move and direct the inner perceptions of the Muslim so as to coincide with the reality of faith. Reaching this state, the Muslim would not disobey the orders of Almighty Allah, as to the fulfillment of the due obligations on him, whenever or wherever that obligation was taken. If he disobeyed the orders of Almighty Allah, he would receive, in addition to the punishment in the Hereafter, the pricking of conscience where Allah by His Might made of this conscience of the Muslim a judge imposing the

(1) Surat-ul- Isra verse 34

justice of Allah, with the right being the scale and fairness being the aim., and the testimony is the whole truth and nothing else. Nobody can escape from the judgment of conscience, because it is the light on the way to justice in the Hereafter. Allah Almighty presented to us all that would render the self obedient, following the path of the righteous, and hence can avoid pricking of the conscience and the ordeal of that judgment. The conscience reveals the truth all plain, and it warns the self that the same kind of revelation would be ordered by Allah in the Day of Judgment when He Almighty renders everybody his dues.

3 – Tumbling on Sins:-

The responsibility to fulfill the moral obligation is the responsibility of the person himself. The one who does injustice on somebody else would bear the consequences of that all alone no matter what reason or justification was behind that injustice. The doer of injustice would tumble alone on sins. Nothing would remove those sins except the fulfillment of the due obligations especially the moral obligations or the religious obligations, since they do not find support from the judiciary so that the aggressors and the violators of the rights are frightened, together with all those adjudged for them or those whose testimonies were all perjury. the denyer of the moral obligation would bear alone the punishment for his sins. Allah Almighty said :-

"And if anyone earns
Sin, he earns it against
His own soul."(1)

And in another verse, Almighty said :-

"No bearer of burdens
Can bear the burden
Of another."(2)

Fourthly :- Bearing the consequences of submitting to whims:-

Those who do not fulfill moral obligations are the ones who preferred the life of this world and followed their whims, which would lead to the deterioration of the creatures except those who are protected by Almighty Allah. Nobody should feel happy when someone gets something wrongfully when a court did not hear the case raised by someone, resulting in the loss of his rights. Such acts are not to be imitated, otherwise imitating the detestable acts would spread. Allah Almighty said :-

"But he inclined to the earth
And followed his own vain desires."(3)

The one who imitates the others blindly; devouring other people's rights, thinking that, as long as the creditor would not be able to obtain and render his rights through the judiciary, he is released from the fulfillment of those obligations, then he has to bear the consequences of his submission to his own whims, and avoid the violation of duty

---

(1) Surat-ul- Nissa verse 111
(2) Surat-ul- Isra verse 15
(3) Surat-ul- Aaraf verse 176

مجلة
إدارة قضايا الحكومة

معـــالم نظرية
الالتزام المدنى الإرادى فى الفقه المالكى

دراسة فى أصول فكرة الالتزام
عند الحطاب

للدكتور محمد محمد شتا أبو سعد
رئيس النيابة العامة ومدرس القانون المدنى المنتدب
كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر

مستخرج من
العدد الاول
السنة السابعة والعشرون

معـــالم نظرية
الالتزام المدنى الإرادى فى الفقه المالكى

دراسة فى اصول فكرة الالتزام
عند الحطاب

للدكتور محمد محمد شتا ابو سعد
رئيس النيابة العامة ومدرس القانون المدنى المنتدب
كلية الشريعة والقانون بجامعة الازهر

الفقه المالكى والنظريات العامة :

الفقه الاسلامى المالكى ، غنى بافكاره ، التى تصلح فى مجموعها ، لتكوين نظريات عامة مستقلة ، تضـــارع اعظم الافكار القانونية الوضعية الحديثة ، وتتفوق عليها ، من حيث عمق البحث الناجم عن تفرغ مقرون بالرغبة فى نيل مرضاة الله ، وتتسم دراسات فقهاء المالكية بتماسك الحلول وترابط النتائج الى حد يسمح ببناء نظريات عامة فى كافة مجالات المعاملات بوجه خاص .

نظرية الالتزام عند الحطاب :

واذا شئنا اقامة الدليل على ذلك ، أمكن التمثيل من ذلك بنظرية الالتزام عند الامام الحطاب ، فقد وضع رسالة أسماها تحرير الكلام فى مسائل الالتزام ، وهى مخطوطة بالجامع الازهر ، تحمل رقم ١٢٧١ وقام من أسمى بحق ، وارث علوم سيد قريش ، الاستاذ أبو عبد الله الشيخ محمـــد ابن الشـــيخ أحمـــد ابن الشـــيخ محمـــد الملقب بعليش — قـــام بنقلها فى الجزء الاول ، من كتابه ، فتح العلى المالك فى الفتوى على مذهب الامام مالك ، وهو المؤلف المعروف بفتاوى الشيخ عليش ، والذى طبع فى مصر بالمطبعة الاميرية ببولاق سنة ١٣٠٠ هجرية .

معالم نظرية الالتزام عند الحطاب :

وليست نظرية الالتزام عند الحطاب ، دراسة موازية لنظرية الالتزام الرومانية والتى ينطـــوى عليها بطـــون الكتب القانونية المدنية الوضعية ،

ولكنها تشكل اطـــارا نظريا خاصا يقوم على تقســـيم الالتزام الى قسمين أساسيين :

الاول : الالتزام البسيط ، أو كما أسماه ، الالتزام غير المعلق والذى عالجه فى فصل من المقدمة والباب الاول لذلك المؤلف ، وان لم يكن قد ورد اسم الباب فيه .

الثانى : الالتزام المعلق وعالجه فى ثلاثة ابواب .

أولها : وهو الباب الثانى فى الالتزام المعلق على فعل الملتزم بكســـر الزاى

وثانيها : وهو الباب الثالث فى الالتزام المطلق على غير فعل الملتـــزم بفتح الزاى .

وثالثها : وهو الباب الرابع فى الالتزام المعلق على غير فعـــل الملتزم والملتزم له وفيه خاتمة عن اسقاط الحق قبل وجوبه (وقد ورد الباب الاول فى ثلاثين صـــفحة والثانى فى ثمانى صفحات والثالث فى أربـــع وعشرين صفحة والرابع فى ثلاث وخمسين صفحة من القطع الكبير . ونحاول فيما يلى أن نستعرض الافكار الاساسية فى هذا البحث) .

مقـــدمة

فى معنى الالتزام وأركانه وشروط كل ركن منها

١ — معنى الالتزام لغة وفقها

مدلول الالتزام لغة :

الالتزام لغة هو « الزام الشخص نفسه ما لم يكن لازما له ، وهو بهذا المعنى شامل البيع ، والاجارة ، والنكاح ، وسائر العقود » (١) .

فالمعنى اللغوى للالزام يحيط بما يلى :

١ — انه لا التزام بلا الزام ، والالزام يجد مصدره فى نفس ارادة الملتزم .

٢ — أن الالتزام أمر طارىء ، فالاصل هو البراءة ازاء الغير ، فاذا التزم انسان فانه يكون قد ألزم نفسه بما لم يكن لازما عليه أصلا وأبتداء .

---

(١) الحطاب : فى المرجع المشار اليه فى المتن ص ١٥١ .

٣ ــ ان الالتزام الذى يلزم به الشخص نفسه هو اثر لكافة العقود كالبيع والاجارة والنكاح وغيرها .

مـدلول الالتـزام فى عـرف الفقهـاء :

وفى عرف الفقهاء يعرف الالتزام بانه :

« الزام الشخص نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا على شىء ، فهو بمعنى العطية ، وقد يطلق فى العرف على ما هو اخص من ذلك ، وهو التـزام المعروف بلفظ الالتزام ، وهو الغالب فى عرف الناس اليوم » (٢) وقد يتم الالتزام مقابل عوض (٣) ويستخلص من هذا التعريف ما يلى .

أولا : ان مصـدر الالتزام ، يكمن فى ارادة الملتزم ، فهو الذى يلزم نفسه ازاء الغير بمقتضاها ، فى كافة العقود .

ثانيا : ان الامر الذى يلزم الانسان نفسه به ، يجب ان يكون معروفا بالمعنى المتواضع عليه لكلمة المعروف .

ثالثا : ان الزام الانسان نفسه ، قد يرد مطلقا فى صيغته ، اى بسيطا غير معلق على شرط ، وقد يرد معلقا على شرط .

رابعا : ان الالتزام سواء ورد بصيغة مطلقة أم معلقة له معنى عام يساوى العطية ، أى ما يعطيه الانسان لغيره وينحله اياه .

خامسا : ان الالتزام قد يطلق ، فى العرف ، بمعنى أخص من المعنى المتقدم ، حين يعبر عنه الملتزم بنفس لفظ الالتزام ، وهذا هو المعنى الذى كان سائدا عرفا عند تأليف الحطاب رسالته موضوع البحث .

سادسا : ان معنى الالتزام لا ينصرف دائمـا الى العطية أو التبرع فسيأتى لاحقا أن من أنواع الالتزام ما يكون بعوض .

---

(١) الحطاب ، فى المرجع المشار اليه فى المتن ص ١٥١ .
(٢) الموضع السابق .
(٣) المرجع السابق ص ١٨٧ وما بعدها .

٣ — أركان الالتـــزام
وشروط تلك الاركان

تمهيـــد :

يشبه الحطاب أركان الالتزام بأركان الهبة وإذا عدد اربعة أركان ؛ لا قوام للالتزام — شأنه شـــأن الهبة — بدونها وهى الملتزم ، والملتزم له ، والملتزم به ، والصيغة ، وقال انه يشترط فى كل ركن منها ما يشترط فى الهبة ؛ ونعرض لهذه الاركان وشروطها فيما يلى :

الركن الاول : الملتزم

يقصد بالملتزم ، من يلزم نفسه شيئا من المعروف مطلقا أو معلقا ، بلفظ الالتزام أو بلفظ آخر سواه ، تبرعا أو بعوض .

ويشترط فى الملتزم ما يلى :

الاهلية : (وهى تجب شروطا اخرى)

فان تعلق الامر بتبرع : وجب ان تتوافر فىالملتزم أهلية التبرع ، ومن مقتضى أهلية التبرع أن يكون المكلف غير محجور عليه ، وغير واقع تحت تأثير اكراه .

وتأسيســـا على ذلك فان الالتزام التبرعى الصـــادر عن غير أهل التبرع ، لا يكون ملزما لصاحبه (٤) .

يقـــول الحطـــاب :

« فلا يلزم التزام المحجور عليه كالسفيه ، والمأذون له فى التجـــارة والمكاتب ، والمعتق بعضــــه ، ومن احـــاط الدين بماله والمكره والزوجة . والمريض فيما زاد على الثلث » (٥) .

واذا كان الالتزام على سبيل المعاوضة فيشـــترط فى الملتزم ، أهلية المعاوضة فقط وتتمثل فى الرشد وعـــدم الاكراه (٦) .

---

(٤) المصدر السابق ص ١٥١ .
(٥) الموضع السابق .
(٦) الموضع السابق .

تعقيب :

التعبير بعدم الزام المتبرع ، ما لم يكن أهلا للتبرع يصلح سندا قويا للاخذ بفكرة الدعوى البولصية ، فى مجال القانون المدنى الوضعى ، اذ ان عدم الالزام يعنى من باب أولى ، عدم سريان التصرف فى مواجهة دائنى المتبرع لكون الدين محيطا بماله ومن المعلوم أن من يحيط الدين بماله هو المعسر ومالم يكن معسرا ، فان أحد شروط اعمال دعوى عدم نفاذالتصرفات (الدعوى البولصية) يكون منتفيا . انما يلاحظ ان صياغة الفقه الاسلامى المالكى اكثر دقة من فكرة الدعوى البولصية لان ذمة المتبرع تبقى فى علاقتها بالمتبرع له على أصلها وهى البراءة أو عدم امكان الالزام وأما فى القانون الوضعى فان التصرف لا يسرى فى مواجهة الدائن وتظل ذمة المتبرع مشغولة ازاء المتصرف اليه (المتبرع له) .

الركن الثانى : الملتزم له :

وأما من يتم الالتزام فى مواجهته ، فهو « من يصح أن يملك ، أو يملك الناس الانتفاع به كالمساجد والقناطر » (٧) .

ولما كان هذا الركن لا يثير خلافا ، فان المؤلف لم يأت فيه الا بما يحتمل الخلاف ، فقال ان كل من يصح شرعا أن يملك يمكن أن يكون طرفا ، ملتزما له ، فى الالتزام، ولا تثور صعوبة بالنسبة للشخص الطبيعى فهل يجوز ذلك بالنسبة للشخص المعنوى أو بالجملة لاية جهة يملك الانسان حق الانتفاع بها ، مثل المساجد ، أو القناطر أو ما يماثلها مثل المستشفيات فى زماننا ، ودور البر ، والسجون ، والمحاكم ، ودور تحفيظ القرآن ، وغيرها .

الركن الثالث : وهو الملتزم به

واصطلاح الملتزم به ، هو اصطلاح موفق يتلافى ذلك الخلاف الذى شجر حاليا فى الفقه الوضعى حول المقصود بالمحل سواء تعلق الامر بمحل

---

(٧) الموضع السابق .

عقد او بمحل التزام أو بمحل اداء (٨) .

كما ان هذا الاصطلاح يتسع لكافة الصور والتقسيمات التى يمكن أن تندرج فى اطار ما يلتزم به الانسان ، طالما كانت شيئا من المعروف ، ويحقق منفعة على تفصيل .

والملتزم به هو « كل ما فيه منفعة ، سواء كان فيه غرر أم لا ، الا فيما كان من باب المعاوضة فيشترط فيه انتفاء الغرر (٩) وعليه نحاول الحديث عن الملتزم به فى حالة التبرع من جهة والملتزم به فى حالة المعاوضة من جهة أخرى .

ا — الملتزم به فى حالة الالتزام التبرعى

اذا التزم شخص ، التزاما تبرعيا ، أى التزاما لا يقابله عوض فانه يمكن الالتزام بأى شىء ، طالما أن ذلك الشىء يحقق منفعة ولا يلزم بعد هذا ان يكون الشىء فيه غرر ، أم لا ، أى يستوى أن يكون الشىء الملتزم به محققا أو غير محقق .

فأما الشىء المحقق الذى لا ينطوى على غرر فأمره مفهوم ، ولكن ما هى الحكمة من صحة الالتزام ، حتى ولو كان الملتزم به شيئا منطويا على الاحتمال والغرر ، ، ان الحكمة واضحة وجلية ، فطالما ان الملتزم محسن ومتبرع ، فلا سبيل عليه ان هو تبرع بشىء قد يوجد وقد لا يوجد .

وعلى اية حال فقد قسم ابن جزىء (١٠) البيوع المنهى عنها للغرر . والملتزم به فيها يقع صحيحا ، اذا تم الالتزام على سبيل التبرع أخذا من اطلاق قول الحطاب . ومن ثم يجوز أن يكن الملتزم به على سبيل التبرع ما يلى :

ا — ما يتعذر تسليمه ، كبعير شارد ، أو جنين فى البطن دون أمه ، أو ما لم يخلق كنتاج ما تنتج الناقة .

---

(٨) انظر رسالة أوفر ستاك فى تصنيف العقود فى القانون المدنى الفرنسى (مكتبة القانون الخاص) .

(٩) الفتاوى سالفة الذكر ، ص ١٥١ .

(١٠) القوانين الفقهية ، تونس ١٣٤٤ — ١٩٢٦ ص ٢٤٧ — ٢٤٨ .

ب — كذلك يجوز الالتزام تبرعا بما ينصرف الاجل الى جنسه ، كان التزم لك بما فى مخزنى بدون عوض .

جـ — ويجوز الالتزام تبرعا بمجهول الصفة ، كقولى التزم لك دون عوض ، بثوب من منزلى .

د — كذلك يجوز الالتزام تبرعا بما لا ترجى سلامته كحيوان مريض .

ب — الملتزم به فى حالة الالتزام بعوض :

اذا كان الملتزم به بعوض ، فيجب أن ينتفى فيه الغرر ، ولذا لا يجوز الالتزام بمتعذر التسليم ولا بمجهول الجنس أو الثمن أو الصفة أو المقدار او الاجل ، أو ما لا ترجى سلامته أو ما الى ذلك .

الركن الرابع : الصيغة

لا وجود للالتزام بدون صيغة تفيده — والصيغة اما لفظ أو ما يقوم مقام اللفظ .

ا — الصيغة اللفظية :

هى قول دال على الزام الشخص نفسه ما التزمه .

ومفاد ذلك أن أى لفظ يؤدى الغرض يكون كافيا لنشوء الالتزام طالما توافرت له باقى أركانه ، ولا حاجة لتقييد اللفظ هنا بأية قيود لم يشترطها الفقهاء .

ب — الصيغة التى تقوم مقام اللفظ :

هى اى شىء آخر ، خلاف القول ، يدل على الزام الشخص نفسه ما التزمه ، كالاشارة ونحوها .

فكرة الالتزام غير التام والالتزام الباطل

ينبه الحطاب ، الى أن الالتزام يبقى ناقصا أو غير تام ، فى حالة التبرع ، اذا لم يكن مقرونا بالحيازة ، فالى أن تتم الحيازة يظل الالتزام غير تام ، والتعبير بعدم اكتمال أو بعدم تمام الالتزام هو تعبير مقصود ، فالحيازة ليست ركنا فى الالتزام ، ولكنها شرط اكتمال أو تمام ، فى حالة

الالتزام التبرعى ، ولذا لا يترتب على تخلفها اى بطلان ، ولكن تمام الالتزام يظل مفتقرا اليها .

وهذه النظرية تشبه تماما احدث ما وصل اليه الفقه الالمانى ممثلا فى هانز فردتجر ، والفرنسى ممثلا فى جان موريس فردييه (١١) عند دراستهما لدراسة التكون المتتابع للحقوق ، وبمقتضى نظريتهما يكون الحق ناقصا أو غير تام حتى ولو لم يكن مفتقدا الى ركن من الاركان وانما الى مجرد عنصر شرطى ، يشترطه القانون او يحدده المتعاقدان .

ويصبح الالتزام باطلا ، فى التبرعات ، اذا سبق الموت أو الفلس ، حيازة الملتزم له ، للملتزم به (وسيلى)

تقسيمات الالتزامات

أهم تقسيم للالتزامات اعتد به الحطاب ، هو تقسيمها من حيث مدى تعليق المتصرف ارادته على حدوث واقعـــة شرطية أو عدمه وقال ، ان الالتزام ، بهذه المثابة ينقسم الى التزام معلق والتزام غير معلق او ليس بمعلق ، والالتزام المعلق اما معلق على فعل الملتزم او على فعل الملتزم له او على غير ذلك .

الباب الأول

الالتزام البسيط او المنجز
(او الذى ليس بمعلق)

أولا : فكرته :

يكون الالتزام بسيطا ، أو غير معلق ، اذا الزم « الشخص نفســـه شيئا من المعروف من غير تعليق على شىء » ويدخل فيه :

١ ــ **الالتزام بمعناه العام** ،بالمعنى المتقدم ، وهو يشمل :

---

(١١) انظر رسالة فى الحقوق الاحتمالية . مساهمة فى دراسة التكون المتتابع للحقوق باريس (١٩٥٣) .

ا — **الصـــدقة** : وفيها يلزم الشخص نفسه ، قبل الغير ، بتمليك رقبة أو رقاب ، بقصد الصواب من الله تعالى خاصة .

ب — **الهبة** : وفيها يلزم الشخص نفسه ، قبل الغير ، بتمليك رقبة ،أو رقاب ، بقصد الثواب من المعطى ، أو لوجه المعطى اما لوجود صداقة أو لقيام آصرة قرابة أوما الى ذلك .

ج — **الحبس** : وفيه اعطاء المنفعة وحدها ، للملتزم له ، على سبيل التأبيد .

د — **العمرى** : وفيها اعطاء المنفعة وحدها ، للملتزم له ، مدة حيـــاة المعطى .

هـ — **العارية** : وفيها اعطاء المنفعة وحدها ، للملتزم له ، اعطـــاء محدودا بمدة ، أو غير محدودة .

و — **الاسكان** : وفيها اعطاء منفعة عقار ، للملتزم له ويلحق بذلك العرية ويتعلق الامر فيها بمنح ثمرة ، والمنحة ويتعلق الامر فيها بمنح غلة حيـــوان .

ز — **الضمان** : وفيه يلزم الشخص نفسه « بالتزام الدين لمن هو له او التزام احضار من هو عليه لمن هو له » (١٢) .

ح — **النذر المطلق** : وفيه يلزم الشخص نفســـه بطاعة الله سبحانه وتعالى بنية القربة منه .

٢ — الالتزام بمعناه الاخص : —

وفيه يرد لفظ الالزام أو الالتزام فى ذات قول الملتزم ، كما تقدم القول.

وتخرج العدة مما تقدم ، لانها لا تنطوى فى الواقع على التزام

ثانيا حكمه :

١ — اذا كان الملتزم له معينا

قاعـــدة :

اذا كان الالتزام بسيطا ، وجب الوفاء به فورا بغير تراخ ، والا قضى به على الملتزم .

---

(١٢) المصدر السابق ص ١٥٢ .

وإذ كان القاضى ملزما بالقضــــاء على الملتزم به ، فى حالة الالتزام البسيط فان ذلك يقتضى عدم افلاس الملتزم به ، أو موته ،أو مرضه مرض الموت ، اذا كان الملتزم له معينا .

الخـــلاف حـــول الهبـــة :

المعروف من المذهب المالكى ، أن الهبة تلزم بالقـــول وحـــده ، وقال ابن رشد ان هذا متفق عليه ، ولكن قال جماعة ان الواهب يجوز له الرجوع فى هبته قبل أن يحوزها الملتزم له وهىقولة شاذة عند البعض (١٣).

حكم الالتزام المطلق فى حال الضمان والكفالة :

من ضمن أو كفل آخـــر ، فقد اتى معروفا ، ومن أوجب على نفسه معروفا فقد لزمه ، والاشـــهاد على الالتزام ، وان كان غالبا الا أنه ليس شرطا فى ذلك اللزوم .

حكم العارية :

قال ابن عـــرفه ان الوفاء بها لازم ، وفيها من الزم نفســـه معروفا لزمه » (١٤) .

وهكذا بالنسبة لكافة الالتزامات المطلقة .

مدى دخول الكسوة فى الالتزام بالنفقة :

من التزم بنفقة شخص عاما ، لزمه ما التزم به ، وذلك باســتثناء حالتى الافلاس والمرض وهناك فروع كثيرة تدل كلها على ذلك .

وقد ثار تساؤل فى أحد الفروع حول ما اذا كانت الكسوة تدخل فى النفقة أم لا ؟ الـــرأى أنها تدخـــل فقد اجمع أهل العلم على ان الكسوة داخلة فى النفقة ، فى قـــوله تعالى « وان كن أولات حمـــل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن » ولكن قيل أن هذا النص يتعلق بالنفقة التى يحكم بها لا التى يتم الالتزام بها . ولكن الحطاب اورد تحليلا طويلا خلص منه الى دخول الكسوة فى نطاق النفقة ما لم يحدث مرض أو افلاس .

---

(١٣) الموضع السابق .

(١٤) الموضع السابق .

ويثور التساؤل عملا عمن التزم بالانفاق على ربيب زوجته ثم طلق امه وراجعها بعد عدتها ، فهل يلــزم بالكسوة مع النفقة ؟ قيل لا لان النفقة كانت موضوعة للطعام والنفقة ولكنها تخصصت بالنفقة وحدها والحقيقة أن المسألة تتعلق بأصول التفسير . ويمكن عند دلالة اللفظ على الكسوة ، ادخالها فى مفهوم النفقة (١٥) .

تطبيق على حكم الالزام المطلق :

سبق القول « أن الالتزام المطلق ، يقضى به على الملتزم ما لم يفلس أو يمت أو يمرض ، وهذا اذا حصـــل شىء من هذه الامـــور قبل حـــوز الشىء الملتزم به كما فى الهبة (١٦) .

وتطبيقا لذلك ، فى مجال الهبة ، فانه اذا التزم شخص لاخر بسكنى دار مدة ما ، « فأسكنه اياها ثم مات الملتزم ، لم تبطل السكنى ، لان الحوز قد حصل (١٧)

٢ — اذا كان الملتزم له غير معين

لا يتعلق الامر الان بالتزام المجهول ، اى بالالتزام بما هو مجهـــول لان ذلك يكون من قبيل هبة المجهول ، وهى صحيحة ، واصل المذهب أن ما تم الالتـــزام به ، يجب الوفـــاء به ، فان امتنع الملتزم قضى به عليه ولكن يتعلق الامر بالملتزم له المجهول ، فهل يلزم القاضى الملتزم ، بالوفاء له ، ليستوى مع الملتزم له المطوم أم لا ؟ والاجابة ، انه اذا كان الملتزم له غير معين ، كالمســـاكين باطـــلاق ، فالمشـــهود انه لا يقضى به ، ان امتنع» (١٨) .

---

(١٥) راجع تفصيلات وأمثلة عـــديدة ليس هدفنا الان سردها ص ١٥٤ ، ١٦٣ من المصدر السابق تتعلق بحكم التزام الزوج لزوجته بجميع مؤونة ولدها من غيره ، وحق الزوج فى الرجـــوع بما انفقه بالشرط على ولد زوجته ، وحكم المراة التى تأخذ نفقة لاولادها من أبيهم ثم تزوجت فم شرطت عليه نفقة الاولاد اجـــلا معلوما وحكم رجوعها على أبيهم وحـــكم اشتراط نفقة فى الخلع .

(١٦) المصدر السابق ص ١٦٣ .

(١٧) الموضع السابق .

(١٨) المصدر السابق .

ثالثا : حكم الرجوع عن الوصية :

للملتزم « الرجوع عن وصيته بلا خلاف ، فان التزم عدم الرجوع عنها ، فالاصح انها تلزمه » (١٩) .

ومعنى ذلك ان هناك آراء آخرى ، فقد كان هناك خلاف بين متأخرى فقهاء تونس ،مثلا ، وأيا كان الامر فان الكلام كله كان تفريعا على القول المرجوح بعدم اللزوم ، ولكن الراجح هو لزوم التزام من التزم بعدم الرجوع عن وصيته .

رابعا : حكم الالتزام بالكلام النفسى :

يقع الالتزام بالكلام النفسى ، خاصة ، فيما أورده الحطاب من أمثلة ومنها ، ان ينتوى شـخص عـزل شىء ما ، لمسكين معين ، ويبتله أى يجعله له من فوره .

وحكم الالتزام بهذا الكلام النفسى انه يلزم الملتزم ، « فلا يجوز له ان يصرفه الى غيره ، وهو ضامن له ان فعل وسواء كان المال من عنده ، او جعل له تفرقته » (٢٠) .

ويثور التساؤل حـول ما اذا نوى ان يعطيه المال ، بيد أنه لم يثبله بقـول ولا نية ، فما الحكم ؟ قيل أنه يكره له أن يقـوم بصرفه الى غيره

خامسا : العادة كاساس للالتزام :

أورد الحطاب أن من الالتزام يكون بمقتضى العادة ، ومن أمثلة ذلك ان يتزوج من انثى بمائتى دينار ، حين تكون العادة قاضـية بأنه اذا بـذل الزوج هذا المبلغ ، أعطاه أب الزوجة مائة وخمسين فاذا مات الاب ولم يدفع للزوج شيئا قبل ان يبنى بابنته ، ثم دخل بها ، وحدث شـقاق ففارقها ، فطلبت منه المائتين ، فطلب المائة وخمسين اعمالا للعادة الجارية ، التى انعقد عليها النكاح . فما الحكم ؟ الجـواب : انه « اذا كانت سنة البلد لا يكتب الزوج مائتين الا على أعطـاء الاب مائـة وخمسين ، تكون ملكا

---

(١٩) المصدر السابق ص ١٦٦ .

(٢٠) المصدر السابق ص ١٧٣ .

للزوج يدفعها اليه عينا أو عرضا بها ، فهو فاسد ، يفسخ قبل ، ويثبت بعده بصداق المثل ، وان كان انما يعطيه الاب لتجهيز ابنته فالنكاح جائز ، وللزوج القيام بذلك » .

بيد انه فى خصوص هذه المسألة « فقد مات أبو الزوجة ، ورضى بالبناء بها فلا قيام له بعد ، وتلزمه المائتـان جميع صداقها فالعادة تصلح أساسا للالتزام ، الا ان يقع ما يحول دون أعمال مقتضاها .

حكم الالزام لمستفيد مستقبل :

يصح الالتزام لمستفيد (ملتزم له) غير موجود حالا ، ولكنه سيوجـد مستقبلا . فالقاعدة أن « من التزم لمن سيوجـد بشىء ، صح الالتزام » انما يلزم لذلك شروط هى :

وجود الملتزم له والملتزم حى ، وألا يكون الملتزم قد أفلس كما يجب أن يكون الشىء الملتزم به فى يد الملتزم فلم يفوته فاذا كان قد فوته ببيع أو غيره ، قبل وجود الملتزم له فالظاهر من قول الامام مالك ، أنه يحق له ذلك. « قال مالك من حبس على ولده ولا ولد له ، ثم هو فى سبيل الله فله بيع ما حبسه ما لم يولد له ، وقال ابن القاسم ليس له أن يبيع حتى ييأس من الولد » (٢٢) .

مدى الوفاء للملتزم له غير المعين :

اذا « كان الملتزم له ، بفتح الزاى ، غير معين ، كالمساكين والفقراء ونحو ذلك ، فالمشهور من المذهب ، أن يؤمر بالوفاء بما التزمه ، ولا يقضى به » (٢٣) مفاد ذلك انه اذا التزم شخص بهبة أو صـدقة لغير معين ،فان فى لزوم الالتزام ، ومدى امكان الحكم بالوفاء به على الملتزم قولان المشهور فيهما هو عدم الحكم بالوفاء .

---

(٢١) المصدر السابق ص ١٧٢ أى انه « بموت أبى الزوجة بطـل التزامه ، ويبقى الخيار للزوج ان يستمر على النكاح بالصداق المذكـور أو يرجع عنه ، الا ان يدخل بعد علمه بذلك ، فيلزمه الصداق ولا كلام له ص ١٧٢ — ١٧٣ .

(٢٢) المصدر السابق ص ١٧٣ .

(٢٣) المصدر السابق ص ١٧٤ .

مدى تنفيذ الالتزام بانهاء احتكار سلعة ابتيعت ثم غلا سعرها :

يحـدث عـادة أن يشترى انسان طعاما ، ثم يرتفع سعره فيخبره الناس بذلك ، فيدهش لاغباطهم اياه بجزع الناس ويشهدهم ، ملزما نفسه ، بأنه سيبيع السلعة بسعرها الذى اشتراها به . وحكم ذلك يتلخص في الآتى :

١ — من المسلم به أن من يشترى شيئا من الاطعمة فى وقت يضر احتكاره بالناس ؛ لا يجوز له أن يحتكره ، وهذا غير منطبق بداهة على الحالة الماثلة .

٢ — أما احتـكار السلعة فى وقت لا يضر احتكارها بالناس ففيه أقوال :

أولها : يجـوز احتكار الاطعمـة كلها قمحا وشـعيرا بل وسـائر الاطعمة .

ثانيها : لا يجوز احتكار تلك الاطعمة جملة من غير تفصيل ؛ لما روى من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحتكر الا خاطىء .

ثالثها : يجوز احتكار الاطعمة كلها عدا القمح والشعير .

رابعها : لا يجـوز احتكار الاطعمة كلها ما عـدا الادام والعسـل والسمن والتين والزبيب وشبه ذلك (٢٤) .

ولا خلاف بين الفقهاء فى ان علة خطر الاحتكار تكمن فى أثر الاحتكار المباشر فى رفع الاسعار .

وعلى اية حال فان من التزم بانهاء احتكار سلعة يصبح من الواجب عليه تنفيذ ما وفى به .

وفى النهاية فانه « لا خلاف فى استحباب الوفاء بالوعد » (٢٥) .

---

(٢٤) المصدر السابق ص ١٧٤ ، ١٧٥ .

(٢٥) المصدر السابق ص ١٧٧ .

الباب الثانى

فى الالتزام المعلق على فعل الملتزم
بكسر الزاى

الالتزام المعلق هو ذلك الذى ينــاط تنفيذه بتحقيق [illegible] (واقعة شرطية) .

أولا التقســـيمات

تقســيم الالتزام المعلق على فعل الملتزم بحســب القصــد منه

ينقسم الالتزام المعلق على فعل الملتزم ، بحسب القصد منه الى نوعين :

اولهما : الالتزام الذى يقصد به الامتناع عن الفعل المعلق عليه .

ثانيهما : الالتزام الذى يقصد به حصول الفعل .

١ — الالتزام الذى يقصد به الامتناع عن الفعل المعلق عليه

قد يقصد الملتزم ، من تعليق التزامه ، الى الزام نفسه بالامتناع عن اتيان الفعل المعلق عليه ، فاذا كانت الواقعة الشرطية ، من عمل الملتزم وحده ، فانه يكون بامكان الملتزم ، أن يأتى الواقعة الشرطية ، وأن يمتنع عن اتيانها ، وهذا قد يثير فــكرة التنافى مع التعليق بمعنى الكلمــة ؛ لان التعليق على الاحتمال لا يتفق مع المشيئة المحضة — وواقع الحال هنا ان الملتزم فى كل الصور يستهدف عدم اتيان الفعل المعلق عليه ، ولكن الامر لا يخضع دائما لمطلق مشيئته ومن الامثلة التى تضرب أن يقــول لزوجته ان تزوجت عليك فلك الف دينار (٢٦) .

فواقع الحــال فى هذا المثال ، أن الملتزم يقصــد الامتناع عن الفعل

---

(٢٦) المصدر السابق ص ١٨٠ .

المعلق عليه الالتزام ، كما أن الواقعية الشرطية لا تتعلق بارادته وحدها ، بل أن الزواج يتوقف ايضا على ارادة من يرغب الزواج منه .

حـــــكم اليمين :

اذا قصد الملتزم من تعليق التزامه على فعله ، الامتناع عن اتيان ذلك الفعل ، فذلك يدخل فى مفهوم اليمين ، وقد وقع الاختلاف فى مدى القضـــاء به « والمشهور من المذهب انه لا يقضى به ، سواء كان الملتزم له ،بفتح الزاى ، معينا أم لا ، قال فى كتاب الهبات من المدونة ومن قال دارى صدقة عنى المســـاكين أو على رجـــل بعينـــه فى يمين ، فحنث ، لم يقض عليه بشىء » (٢٧) .

والامثلة بعد ذلك عديدة فى نفس المعنى (٢٨) .

٢ ـــ الالتزام الذى يقصد به حصول الفعل

الملتزم غير المفلس :

قد يقصد الملتزم حصول الفعل الذى يعلق عليه التزامه ، كمن يقول اذا عدت من سفرى هذا سالما فلفلان على الف درهم ، أو ان أتممت تأليف هذا الكتاب أو بناء هذه الدار فعلى كذا ، فان ما التزمه يـــكون من قبيل

---

(٢٧) الموضع السابق

(٢٨) وانظـــر فى نفس الموضــــع : من قال لامراة انكحك على الف وان كانت لى امراة اخرى فالصداق الفان لم يجز ، شأن ذلك شأن البعير الشـــارد « وان نكح بالفين فوضـــعت عنه فى عقـــد النكاح الفا على انه لا يخرجها من بلدها أو نكحها بالف ، على انه ان اخرجها من بلدها فمهرها الفان فله أن يخرجها بغير شىء ، ... قال ابو عمران لان هذه ليست على وجه البر ، وانما قصد بها اليمين وما كان من الهبات ، لمعنى على وجه اليمين ، فلا يقضـــى به لان الهبـــة التى يقضى بها لمعين انما هى التى يقصد بها وجه البر والصلة ، لا معنى اليمين وقال كل شىء اذا خـــرج عن حكمه بطل حكمه ، وقد علم انه لم يقصد نفس العطية والهبة ، وانما حرم على نفسه ما احل الله له ، واما الذى يقول ان شفانى الله تعالى من مرضى فلك الف درهم فهذا يقضى عليه فيها لانها بر ، وما كان على هذا الوجه يقضى به على قائله » .

شكر الله ، وهو من باب النذور ، فيسرى على هذا الالتزام احكام النذور

وقد ورد فى باب النذور أن من علق العتق أو الهدى أو الصدقة على الملك يلزمه » (٢٩) .

الملتزم المفلس والنذور :

واذا كان الملتزم بمنح عطية ، عندما يملكها مفلسا ثم ملكها ، فعلا بعد ذلك ، فان التزامه يلزمه ، شريطة الا يكون عليه دين وقتذاك « وهذا فى العتق لازم ، ويقضى به ، وأما الهدى فانه لازم ، ولا يقضى بـه ، لان الكفارات والهدايا واجبة على التراخى » (٣٠) .

الهـــدى والصـــدقة :

الهدى لازم ، ولكن لا يقضى به وعلة ذلك أن « الكفارات والهدايا واجبة على التراخى » (٣١) .

وأما الصدقة ، فان كانت على وجه اليمين ، فقد سبق حكمها وان كان القصد بها القربة فهى لازمة ، ويقضى بها ان كانت لمعين ، ولا يقضى بها ان كانت لغير معين على المشهور (٣٢) .

ثانيـا : تطبيقـــات

١ — من مسائل الكفالة والضمان

من « ادعى قبل رجل حقا ، فقال له رجل : انا كفيل لك به الى غـد فان لم آتك به غدا فانا ضامن للمال ، قال ابن يونس ويسمى وعدا ، فان لم يأت به فى غد ، فلا يلزم الكفيل شىء حتى يثبت الحق ببينة ، فيكون كفيلا بذلك ، وان انكر المدعى عليه ، ثم قال للطالب أجلنى اليوم ، فان لم أوفك غدا ، فالذى تدعيه قبلى حق ، فهذه مخاطرة ولا شىء عليه » (٣٣) .

---

(٢٩) المصدر السابق ص ١٨٠ .
(٣٠) المصدر السابق ص ١٨٠ .
(٣١) نفس الموضع السابق .
(٣٢) المصدر السابق ص ١٨٠ .
(٣٣) المصدر السابق ص ١٨٣ .

٢ — من مســـائل الحضـــانة

قال فى التوضيح فى كتاب الحضانة ، لو طلبت الحاضنة الانتقال بالاولاد الى موضع بعيد ، فشرط الاب عليها نفقتهم وكسوتهم جاز ذلك ، وكذلك ان خاف أن تخرج بهم بغير اذنه ، فشرط عليها ان فعلت ذلك فنفقتها وكسوتهم عليها ، لزمها ذلك قاله بعض الاندلسيين ، قلت ، لا يقال ان هذا جار على القول بالقضاء بالالتزام المعلق على فعل الملتزم ، اعنى الالتزام على وجـــه اليمين ، لان خـــروجها بهم الى المكان البعيد ليس فعلا مباحا لها ، قصدت الامتنـــاع منه بالالتزام ، فانه لا يجوز لها أن تخرج بهم ، الا باذن والدهم ، فهو من باب الالتزام المعلق على فعل الملتزم ، الذى فيه منفعة للملتزم، وذلك لان الاب منعها من الخروج بهم الى مكان بعيد ، فالتزمت الام نفقتهم على أن أسقط الاب حقه من منعها من الخروج بهم ، بل الظاهر ان خروجها بهم الى المكان البعيد بغير اذنه يوجب نفقتهم عليها لاسيما ان تعذر على الاب ردهم كما قالوا فى الزوجـــة اذا هربت وتعذر ردها ، سقطت نفقتها عن زوجها ، بل قد اختلف فى سقوط النفقة عن الاب ، اذا خرجت بهم الى المكان القريب الذى يجوز لها الخروج بهم اليه ، ولا تسقط حضانتها وفى التوضيح قال ابن راشـــد القفصى ، حيث قلنا تخـــرج بهم ، فحقهم فى النفقة باق على أبيهم فى ظاهر المذهب ، وحكى فى الطراز عن ابن جماهر الطليطلى ، ان الام اذا خرجت ببنيها الى الضيافة ، يسقط الفرض عن أبيهم مدة مقامهم واقتصر بن عرفه على ما حكاه صاحب الطراز ورجح فى الشامل الاول ، وحكى الثانى بقيل » (٣٤) .

٣ — اثر الحكم بصحة الالتزام

« اذا قلنا ان الالتزام المعلق على فعل الملتزم الذى على وجه اليمين لا يقضى به على المشهور ، فاعلم ان هذا ما لم يحكم بصحة الالتزام المذكور حاكم ، أما اذا حكم بصحته أو بلزومه فقد تعين الحكم به ، لان الحاكم اذا حـــكم بقول لزم العمل به وارتفع الخلاف ، ويبقى النظر فيما اذا حـــكم الحاكم المالكى بموجب الالتزام المذكور ، فهل يحمل على ان مراده الحكم

---

(٣٤) المرجع السابق .

بلزومه وهو المتبادر من حكم الحاكم ، أو يحمل على انه حكم بموجبه على المشهور وهو عدم اللزوم الذى يظهر لى انه ان كان القاضى الحاكم من اهل العلم والدين ، فيحمل على انه اراد اللزوم لموجب — رجح عنده القول الذى حكم به ، وان كان القاضى جاهلا أو ليس من اهل الدين * فلا يلتفت الى حكمه ، ويطرح ، وان كان القاضى حيا سئل عن مراده ويعمل على قوله وهذا أيضا فيما عدا ما تقدم ذكره ، فما هو على وجه المخاطرة فانى لم اقف على خلاف فى عدم لزومه فلا يصح الحكم به (٣٥) .

الباب الثالث

الالتزام المعلق على فعل الملتزم له

(بفتح الزاى)

وهو على ما سبق انواع نعرض لها

اولا : الالتزام المعلق على فعل غير اختيارى للملتزم له

مثاله :

قد يعلق الملتزم التزامه على تحقق واقعة ، هى من فعل الملتزم له (المستفيد) ولكنها ليست من اختياره « كقوله لزوجته ان ولدت غلاما فلك كذا وكذا » .

حكمه :

وحكم هذا الالتزام ، هو حكم الالتزام المطلق ، طالما أن الشرط قد تحقق ، فيصبح لازما ويمكن القضاء به .

وقد قيل « فى رجل قال لامرأته ، انه ان ولدت غلاما فلك مائة دينار ، وان ولدت جارية ، فأنت طالق قد وقع عليه الطلاق ، واما المائة دينار فلا .... يقضى بها لانها ليست هاهنا صدقة ، ولا هبة ولا على وجه ذلك » (٣٦) .

---

(٣٥) المصدر السابق ص ١٨٧ .

(٣٦) المصدر السابق .

قال ابن رشد ، ان معنى القــول بأن الطلاق قد وقع « ان الحكم يوجب ان يعجل عليه لانه وقع بنفس اللفظ حتى أنه لو مات أحــدهما بعد ذلك ، لم يتوارثا ، وهذا قــوله مالك فى لمدونة » ولو فهم من كلام الملتزم « ان جئتنى ... ببعيرى الشارد ، أو بمتاعى الضائع ، فلك عندى كذا وكذا ، لزمه ، .... و .... حكمه حكم الالتزام المطلق ، فى القضــاء به ما لم يفلس الملتزم أو يمت » (٣٧) .

ثانيا : الالتــزام المعلق على الفعــل الواجب على الملتزم لـــه

مثـــاله :

وقد يكون الالتزام معلقا على فعــل واجب على الملتزم له ، ومثاله «أن جئتنى ... ببعيرى الشارد أو بمتاعى الضائع، فلك عندى كذا وكذا ، وكان .... البعير أو المتاع عنده ، أو يعلم مكانه » .

فالواضح ، أن الملتزم له يجب عليه أن يرد ما لديه ، أو يرشد عنه ؛ فذلك فعل واجب عليه .

حكمـــــه :

وحكم التزام الملتزم فى هذه الحالة ، هو عدم اللزوم ، بمعنى ان التزام الملتزم ، لا يكون ملزما له ، ولا يحكم به عليه .

وامـــا الملتزم له ، فانه يجب عليه أن يرد الشيء ، أو يعلم الملتــزم بموضوعه ، ولايجــوز أن يأخذ على ذلك شيئا لان ذلك من باب الجعل . وقد قـــالوا ان من شرط الجعل الا يكون الفعل ممـــا يلزم المجعول له عمله وما كان واجبا على الكفاية ، فيلزم الالتزام المعلق عليه » (٣٨)

مثاله : « قالت له امراته ، وكانت صرورة ائذن لى أن احج ، وأنا اعطيك مهرى الذى عليك ، فقبل ، وتركها تحج ، قال يلزمه المهر لانه كان يلزمه أن يأذن لها أن تحج » وذلك دون بحث فيما اذا كانت تعلم أنه كان يلزمه ان يأذن لها .

---

(٣٧) الموضـوع السابق .

(٣٨) المصدر السابق ص ١٨٨ .

ولكن قيل أنها كانت تعـلم « فذلك لازم لها لانها اعطته مالها طيبة بذلك نفسها » وينبه الحطاب بذلك الى خلاصة فكر ابن رشد فى هذا الصدد وهو انـه : —

« اذا كان الملتزم يعلم أن ذلك الفعل يجب على الملتزم له ، ثم علق الالتزام عليه ، فانه يلزمه ، ويحمل على أنه أراد أن يرغبه فى الاتيان بذلك الفعل » (٣٩)

ثالثا : الالتزام المعلق على فعل محرم على الملتزم له

مثاله :

قد يلتزم شخص ازاء آخر ، ان أتى الاخر فعلا محرما عليه ومثاله « ان قتلت فلانا ، او ان شربت الخمر ، فلك كذا وكذا » (٤٠)

حكمـه :

حكم هذا الالتزام انه « غير لازم » ومن « قال لرجل ان قتلتنى ؛ فلك كذا » يكون شأنه شأن الامثلة المتقدمة من حيث الحكم ، حيث لا يستحق الملتزم له ، ما التزم الملتزم به ، وهذا معنى القول بأنه « لا جعل له »(٤١)

ومن الواضح أن الالتزام فى هذه الحالة يقضى الى الترغيب فى عمل المعصية ، والاعانة عليها ، ولو كان الملتزم له قد تقاضى الشىء ، فان الظاهر هو وجوب التصدق به ، وعدم رده الى مؤدبه أدبا له .

رابعا : الالتزام المعلق على الفعل الجائز الذى لا منفعة فيه لأحـد (٤٢)

مثـاله :

يحدث أحيانا تعليق الملتزم التزامه على فعل جائز يأتيه الملتزم له دون

---

(٣٩) المصدر السابق ص ١٨٨ وانظر حتى ص ١٩٠ تفصيلات تتعلق بالجعل ومدى وشروط استحقاقه .

(٤٠) المصدر السابق ص ١٩٠

(٤١) نفس الموضع .

(٤٢) المصدر السابق ١٩٠ .

أن يكون فيه منفعة لاحد ، ومثاله ، « ان صعدت هذا الجبل فلك كذا » وقد اختلف فى شأن هذا الالتزام بخصوص ما اذا كان يشترط أن يكون العمل المجعول فيه منفعة أم لا والمشهود هو اشتراط المنفعة للجاعل .

حكمة :

الالتزام المعلق، الذى فيه منفعة على النحو المتقدم ، هو التزام لازم .

خامسا : الالتزام المعلق على الفعل الذى

فيه منفعة للملتزم (٤٣)

هذا الالتزام على أربعة أوجه :

الوجه الاول :

وفيه يتمثل الفعل المعلق عليه الالتزام ، فى اعطاء الملتزم له (المستفيد) للملتزم أو للغير شيئا أو تمكينه اياه (٤٤). فهذه العبارة تفصح عن أن هذا الوجه له أربعة مظاهر .

أولها : — اعطاء الملتزم للملتزم له شيئا :

فمجرد انثقال كاهل الملتزم له ، لصالح الملتزم ، باعطاء شىء ما ، حتى ولو لم يكن على سبيل التملك ، فان فائدة الملتزم تتحقق .

فالالتزام هنا معلق على تحقيق الملتزم له منفعة للملتزم لا تصل الى مستوى التمليك ، ولكنها تنطوى بغير شك على المقابل المعروف فى القانون المدنى .

ثانيها : اعطاء الملتزم للغير شيئا :

فاذا اشترط الملتزم له ، على الملتزم ، أن يعطى ذلك الشىء ليس هو ، وانما للغير ، فقد تحققت بطريق غير مباشر أيضا ، مصلحة الملتزم و فائدته .

ثالثها : تمليك الملتزم للملتزم له شيئا :

فى هذه الصورة يتمثل المقابل الذى يحصل عليه الملتزم من الملتزم له .

---

(٤٣) الموضوع السابق .

(٤٤) الموضوع السابق

فى تمليك الاخير للاول شيئا ، كمنزل او فرس أو ما الى ذلك .

رابعا : تمليك الملتزم للغير شيئا :

وقد ينصرف التمليك الى الغير لا الى الملتزم ، وفى هذه الحالة تتحقق فائدة غير مباشرة للملتزم ، تصلح مقابلا لالتزامه ، الذى علقه عليها .

وقد أورد الحطاب المظاهر المتقدمة فى قوله : —

قد « يكون الفعل المعلق عليه اعطاء الملتزم له للملتزم أو لغيره شيئا، وتمليكه اياه ، نحو ان اعطيتنى عبدك او دارك ، او فرسك ، فقد التزمت لك بكذا ، او فلك على كذا ، او فلك عندى كذا ، الشىء الذى يسميه ، او فقد أسقطت عنك الدين الذى لى عليك ، او ان اعطيت ذلك لفلان ، او ان اسقطت الدين الذى لك على فلان ، فلك ... دارى أو نحو ذلك ، فهذا من باب هبة الثواب وصرحوا بانه اذا سمى فيها الثواب ، انها جائزة ، ولم يحكوا فى ذلك خلافا ، وانها حينئذ بيع من البيوع ولذلك شروط .

هكذا يحس الحطاب احساسا قويا بأحدث النظريات الفقهية المعاصرة التى تتعرض لطبيعة التصرف القانونى التبرعى ، اذا كان فيه مقابل يشكل معنى العوض ، فهل التصرف يبقى تبرعا ، أو يصبح معاوضة ، ولا يتردد فى اسباغ سمة المعاوضة عليه ، ويقول ان الامر يصبح فى هذه الحالة بيعا ، ويجب لذلك أن تتوافر شروط محددة وهى :

شروط تتعلق بالملتزم به والملتزم عليه (المقابل) :

وتلك الشروط هى بعينها التى يلزم توافرها » فى الثمن والمثمون من انتفاء الجهل ، والغرر ، الا ما يجوز فى هبة الثواب وكون كل منها طاهرا ، منتفعا به ، مقدورا على تسليمه ، فلا يجوز أن يكون أحدهما آبقا ، ولا شاردا ولا جنينا ولا ثمرة لم يبد صلاحها ، وقد يجوز أن يكونا طعامين كقوله ان اعطيتنى اردبا من القمح — فلك عندى قنطارا من السمن ، ان كان ذلك فى مجلس واحد ، والطعامان حاضران ولا يجوز أن يكونا دينين ، كقوله ان التزمت لى بدين صفته كذا وكذا ، فلك فى ذمتى عشرة دنانير أو ان اسقطت عنى الدين الذى لك على ، فلك فى ذمتى كذا وكذا ، ولا يجوز أن يؤجل احدهما بأجل مجهول ويشترط فى صحة ذلك : أن يكون كل من الملتزم والملتزم

له مميزا ، ويشترط فى لزوم ذلك أن يكون طائعا رشيدا (٤٥) .

ويلاحظ فيما تقدم أن تعليق العطاء على ابتياع سلعة أن الملتزم به — يدخل فى جملة الثمن ، ولذا يشترط فيه ما يشترط فى الثمن ، كما أنه يجوز فى هبة الثواب اشتراط الثواب دون تعيينه ، وانه حيث يصرح بالعوض صار حكمه حكم البيع ، ان قبول العطاء يلزم كلا من المتعاقدين بما التزمه ، وانه لا فرق من حيث الالتزام بين القول بالاعطاء أو التمليك او الهبة أو للصـــدقة (٤٦)

الوجه الثانى : وفيه يتمثل الفعل المعلق عليه الالتزام فى اعطاء الملتزم له ، للملتزم او للغير ، منفعـــة شىء .

« نحـــو ان اسكنتنى دارك سنة او ســـنين مسماه أوأسكنت فلانـــا فيها سنة أو سنين مسماه ، فلك كذا وكذا ، أو أن أخدمتنى عبدك أو ان اعطيتنى ثوبك ؛ البسه مدة معينة او ان حملتنى على دابتك ، الى موضع كذا فلك كذا ، فهذا من باب الاجارة ، فيشترط فيه شروط الاجارة وهى ان تكون المدة معلومة ، والمنفعة معلومة ، والشىء الملتزم به مما يصح أن يكون أجره ، فلا يجوز ، أن أسكنتنى دارك مدة حياتى أو حياتك أو حياة زيد ، أو الى أن يقدم فلان ، وقدومه غير معلوم ، فلك عندى كذا وكذا ، أو ان اســـكنتنى دارك ، فلك . . . بعيرى الشارد ونحو ذلك ، ويجوز أن يقول اسكنتك دارى على أن اسكن دارك ، لا أسكنتك دارى بعشرة دنانير فى كل سنة ، على أن اسكن دارى بعشرة دنانير أو بخمسة كل سنة حتى يبين مدة السنين »(٤٧)

الوجه الثالث : وفيه يتمثل الفعل المعلق عليه الالتزام ، فى قيام الملتزم له بعمل لمصلحة الملتزم أو الغير .

ومثال ذلك ان يعلق الملتزم ، التزامه ، للملتزم له على قيام الآخـــر : العثـــور على شىء مفقود ، للملتزم ، أو لشـــخص من الغير ، أو بحفر بئر لمصلحة أيهما ، « فهذا من باب الجعل ، فيشترط فيه الا يحصل فيه ، منفعة

(٤٥) المصدر السابق ص ١٩١ .
(٤٦) المصدر السابق ص ١٩١ / ١٩٢ .
(٤٧) المصدر السابق ص ١٩٢ .

للملتزم بكسر الزاى أو لمن اشترط العمل له ، الا بتمام العمل ، والا يضرب فى ذلك اجل ، وأن يكون الشىء الملتزم به معلوما مما يجوز كونه جعلا ، وغير ذلك من شروط الجعل (٤٨) .

الوجه الرابع : وفيه يتمثل الفعل المعلق عليه الالتزام ، فى قيام الملتزم له بترك (أو اسقاط) حق أو امتناع عن عمل لمصلحة الملتزم أو الغير .

« نحو قول الشخص للحاضنة ان اسقطت حقك من الحضانة فلك كذا وكذا وكمسألة اعطاء الزوجة زوجها ، شيئا على الا يتزوج عليها ، وهذا يشبه أن يكون من باب الجعالة (٤٩) .

وقد نبه الحطاب الى أنه لا يؤثر فى لزوم الالتزام ، عدم زهور المنفعة ، اذ تكفى فطنة وجودها ، لان « العاقل لا يفعل الا ما يتوقع فيه مصلحته » .

كما ان الالتزام فى هذه الحالة لا يبطل بالموت والفلس لانه معاوضة ، وينظر فى ذلك العمل ، فان مات الملتزم قبل أن يشرع الملتزم له فى العمل ، فلا يلزم الورثة التمادى ، وان مات بعد أن اتم العمل لزم الجعل الملتزم وان مات فى اثناء العمل فلا يخلو : اما أن يكون مما لا يتبعض كطلب الابق وحفر وحفر الآبار ، فهذا ليس للورثة أن يمنعوه من تمامه ، واما ان يكون مما يتبعض كالحصد واللقط واقتضاء الدين فهذا لا يلزمه ورثة الملتزم أن يبقوه على ذلك الا ن يكون الاقتضاء يحتاج الى شخوص ممن البلد ، ومات الملتزم بعد أن شرع الملتزم له فى الطب والشخوص ، قال ابن رسد : فهذا يجب أن

---

(٤٨) الموضع السابق .

(٤٩) الموضع السابق : وقد أورد الشيخ عليش ما اثبته الحطاب من تطبيقات على هذه الاوجه الاربعة (ص ١٩٣ وما بعدها) تتعلق بحكم من اعطته زوجته مالا على أن يمسكها ثم فارقها أو على أن يقوم بعمل كتطليق ضرتها فطلقها ثم أراد ان يراجعها ، وفى اسقاط حق الحضانة ، وقول الرجل احلف لى ولك كذا معاوضة ، وطلب الحلف لاثبات حق ، وقول الرجل ولنى انكاح ابنتك ولك كذا ، ولنى بيع دارك ولك عندى كذا ، ودل على من يشترى كذا ولك كذا ، واسع لى فى زواج ابنة فلان ولك كذا ، أو اترك السفر مع امك وأزوجك ابنتى .

يكون القيام فى اقتضاء ما كان قام فيه ، ولورثته ان مات ، يعنى الملتزم له ، القيام مقامه » (٥٠)

سادسا : الالتزام المعلق على الفعل الذى فيه منفعة للملتزم له (بفتح الزاى)

نصل الآن الى مثال لمحض التعليق على شرط ، بالمعنى المتعارف عليه يقينا فى كافة الشرائع والتشريعات فى العالم .

والمثال هام ، ولكن حكمه هو الاهم ، لانه من خلاله يمكن استظهار صحة التعليق على الشرط .

مثال هذا النوع : قولك لشخص ما « ان بنيت بيتك أو ان تزوجت ، فلك كـــذا » .

حكمه :

وحـــكم هذا الالتزام هو حـــكم الالتزام المعلق على فعل غير الملتزم والملتزم له ، فهو لازم اذا وقع المعلق عليه .... الا انهم لاحظوا فى هذا كونه فى معنى العوض ، عن تلك المنفعة ، فجعلوه لازما يفتقر الى حيازة »

ويثور التساؤل « عن الرجل يقول لابنه أصلح نفسك ، وتعلم القرآن، ولك قريتى فلانة فيصلح نفسه باذن الله تعالى ، ثم يموت أبوه ، وهو لم يبلغ الحوز ، والمنزل فى يد أبيه ، هل ترى الصـــدقة له جائزة ، قال لا . اذا كان انما هو قول هكذا ، الا ان يعرف تحقيق ذلك باشهاد يشهد له على ذلك ، ان يقول لقوم أشهدوا انه اذا قـــرأ القرآن فقد وهبته او تصـــدقت عليه .... بقريتى ، فيكون ذلك جائزا له ، اذا كان فى ولاية أبيه ، ويكون ذلك جوزا له ، فاما اذا لم يكن الامر على هذا ، فانى اخاف أن يكون ذلك منه على وجـــه التحريض فلا أرى ذلك للابن الا على وجـــه قوى ، مثل الاشـــــهادات » (٥١)

---

(٥٠) المصدر السابق ص ٢٠١ — ٢٠٢ وانظر تحليلا تطبيقا لقاعدة ضع وتعجل وبيع الثنيا ص ٢٠٢ — ٢٠٥ .

(٥١) المصدر السابق ص ٢٠٧ وفى ثنايا البحث ص ٢٠٨ قدم الحطاب مثلا للضمان فى البيوع ، هاما ، فمن اشـــترى طعاما بعينه فلما ذهب =

سابعا الالتزام المعلق على الفعل الذى فيه منفعة لغير الملتزم والملتزم له

ومثاله : ان وهبت ، كذا ، المملوك لك ، او ان اسكنت فلانا دارك سنة ، فلك كذا ، أو ان جئت لفلان بعبده ، فلك عنـدى كذا فهذا اما ان يكون من قبل الثواب أو الاجارة ، أو الجعل ، ولذا يشـترط فى كل نوع شروطه « ولذلك اجازوا أن يقول ان اعتقت عبدك فلك عندى كذا ، أو خذ كذا ، واعتق عبدك .

وقالوا — فى حكمه — انه لازم لانه بيع ، بشرط العتق ، وهو جائز بخلاف خذ مائة ودبر عبدا ، واتخذ امتك ام ولد ، فانه لا يجوز ، فان وقع لزمه التدبير ويرد المال » (٥٢) .

الباب الرابع

فى الالتزام المعلق على غير فعل الملتزم والملتزم له

وقد يكون الالتزام معلقا على فعل ، لا دخل للملتزم أو الملتزم له بتحقيقة ومثاله : ان شـفى الله مريضى ، أو ان شـفانى الله من مرضى ، فلفلان على كذا .

= يقبضه ، وجده مسوسا ، فسخطه .فقال له البائع بع ولاوضيعة عليك، فحمله فى سفينة فغرقت ، قال ابن القاسم ، مصيبته من البائع لان البيع الاول لم يكن شيئا وانما هو بيع حادث ، فضـمانه من البائع ، ويعطى للمشترى أجرته فيما حمله وشخص به ..» تابع النقاش ص ٢٠٨ ، ٢٠٩

(٥٢) المصدر السابق ، ص ٢١٠ ، وقد نبه الحطاب الى أن من هذا الباب ، اذا بذل شخص لرجل مالا ، على أن يطلق ذلك الرجل زوجته ، أو التزم له بمال ان فعل ذلك ، فانه يلزمه بذل المال ، ويقع الطلاق بائنا،كما صرحوا بذلك ، فى باب الخلع ، ولذلك شرطوا فى جواز ذلك ، الا يـكون القصد بذلك اضرار المراة باسقاط نفقة العدة . قال ابن عبد السـلام ، ينبغى أن يعتد المذهب ، بما اذا كان الغرض من التزام الاجنبى للزوج حصول مصلحة ، أو درء مفسدة ترجع الى ذلك الاجنبى ، مما لا يقصد به اضرار المراة ، وأما ما يفعله أهل الزمان فى بلدنا من التزام اجنبى ذلك ، وليس قصده الا اسقاط النفقة الواجبة فى العدة للمطلقة على مطلقها فلا ينبغى ان يختلف فى المنع منه ابتداء ، وفى انتفاع المطلق به بعد وقوعه نظر » .

وحكمه : هو « حكم الالتزام المطلق ، فيقضى به اذا وجد المعلق عليه، ان كان الملتزم له معينا ، وان لم يكن معينا ، فلا يقضى به » .

معنى ذلك انه اذا تحقق الشرط فيقضى بما التزم به على قائله (٥٣).

الخاتمة الخاصة

بتحرير الكلام فى مسائل الالتزام

جعل الحطاب خاتمة كتابه بعنوان : التنبيه على مسائل حكم فيها باسقاط اللزوم ، لكونها من باب اسقاط الحق قبل وجوبه أو لكون الالتزام فيها مخالفا لمقتضى العقد .

وفيها فصلان :

الاول : (٥٤) فى اسقاط الحق قبل وجوبه وذكر فى صدد ذلك احـــكام المسائل — **أولاها** : — اسقاط الشــفعة قبل بيع الشريك **وثانيها** : اجازة الورثة الوصية بأكثر من الثلث أو لبعض الورثة — **والثالثة** : من ترك ارثه لشخص فى حيـــاة ذلك الشخص أو وهبـــة لشخص آخر **والرابعة** : من وهبت يومها لضرتها أو لزوجها أو اسقطت حقها من القسم فلها الرجوع متى شاءت والخامسة : الامة اذا كانت تحت العبد وقالت : اشهدوا متى عتقت فقد اخترت زوجى واخترت نفسى **والسادسة** : فيمن شرط لزوجته ان تزوج عليها ، أو ان تسرى أو أخرجها من بلدها فأمرها بيدها ، فتقول : اشهدوا أنى متى فعل زوجى ذلك فقد اخترت نفسى أو اخترت زوجى **والسابعة** : اذا ابرأت الزوجة زوجها من الصداق فى نكاح التفويض قبل البناء ، وقبل ان يفرض لها **والثامنة** : اذا اسقطت المراة عن زوجها نفقة المستقبل **والتاسعة** اذا اسقطت الحاضنة حقها فى الحضانة **والعاشرة** : وهى التى تهمنا الآن ، لانها تتعلق بما يعرف فقها بتعليق الالتزام على فعل غير مشروع كما اذا

---

(٥٣) المرجع السابق ، ص ٢١٠ وفيه بيان للتعليق بمعنى الاضافة اى تعليق الالتزام على حلول تاريخ معين ، والتعليق بمعنى الكلمة مثل قدوم زيد ، فتلك واقعة محتملة .

(٥٤) من ص ٢١٣ حتى ص ٢٣٢ .

قال « شخص لاخر » أن قتلتني فقد وهبت لك دمى أو فقد أبرأتك » (٥٥) ،

والحادية عشرة : اذا عفا عما يؤول اليه جـرحه . **والثانية عشرة** : اذا أعتق أمة على ان تتزوجه لزمة العتق ، ولا يلزمها النكاح .....

ثم استعرض المسائل الباقية ومنها اسقاط المشترى حقه من القيام بالعيب فى عقـدة النكاح وكون ذلك غير ملزم له وتأخير صـاحب الدين الضامن بعد حلول الحق كتأخير للغريم . ومن اسقط القيام بالجائحة بعد عقد البيع ، وقبل حصول الجائحة لم يلزمه ذلك .

والفصـل الثانى (٥٦) فى الشروط المناقضة لمقتضى العقد . وفيه مسائل أولاها : تتعلق بالشروط المتعلقة بالنكاح والثانية : تختص بالشروط فى الخلع والثالثة : بصدد الشروط فى البيع والرابعة : فى الشروط المتعلقة بالقرض والخامسة : فى الشروط المتعلقة بالرهن والوريثة والعارية .

---

(٥٥) المصدر السـابق ص ٢٢٧ : وقد حكى ابن الحاجب فى هذه المسألة قولين « قال : قال ابن القاسم واحسنهما أن يقتل بخلاف عفوه ،بعد علمه ، قال فى التوضيح ، هذا الذى نسبه المصنف لابن القاسم . وذكر فى الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم هو فى العتبية لسحنون ونصها سئل سحنون عن الرجل يقول ياليتنى أجد من يقتلنى ، فقال له رجل أشهد على نفسـك ، انك وهبتنى دمك وعفوت عنى ، وأنا أقتلك ، فشهد على ذلك ، وقتله فقال لى قد اختلف فى ذلك اصحابنا ، واحسن ذلك ان يقتل القاتل ، لان المقتول عفـا عن شىء لم يجب له ، وانما يجب لاوليائـه ، ولا يشبه من قتل فأدرك حيا ، فقال أشهدكم انى قد عفوت عنه ، فقيل له ، فلو قال ، اقطع يـدى فقطعه ، فقال لا شىء عليه لان هذا ليس بنفسى وانما جرح » ، فحكم التعليق هنا اذن هو عدم الجواز .

(٥٦) المصدر السابق من ص ٢٣٢ حتى ص ٢٦٢ .

خاتمة

بنتائج استعراض اساسيات افكار الحطاب فى مسائل الالتزام

تخلص الى الاتى :

١ — من حيث جوهر فكرة الالتزام :

فان الجبر على التنفيذ هو حكم تنفيذ الالتزام الذى يقوم شرعا ، وعليه فان فكرة الالتزام لا تختلف بالنسبة لعنصر المسئولية فى الفقه المالكى عنها فى الفقه القانونى المدنى المعاصر ، لا سيما فى المانيا وفرنسا والقوانين الوضعية العربية .

٢ — من حيث مدى اعتبار الالتزام اثرا لفكرة الالزام :

سواء اراد الشخص الزام نفسه فالتزم ، ام امتثل لامر الشارع فالزم ، فان هذا التحليل الدقيق ، وبالغ العمق قائم فى الفقه المالكى .

٣ — من حيث مصادر الالتزام :

فان الارادة مصدر اصيل للالتزام فى الفقه المالكى .

٤ — من حيث الخطوط العريضة لفن التعريف الفقهى :

فان الفقه المالكى قدم الدليل على منهجية سباقة ، فمفتاح كل شىء تعريفه ، واذا كان التعريف فى عرفنا يأتى متأخرا الا انه عند الفقه الاسلامى المحيط ، الجامع ، يأتى فى المقدمة لانه ينبثق عن احاطة مطلقة ، ومسبقة بعناصر البحث وهكذا نجد تعريف الالتزام لغة وفقها ، هاديا للباحث ومرشدا له فى خصم الاراء العميقة .

٥ — من حيث اصول التنظير :

فواضح ان نظرية الالتزام عند الحطاب ، قد قدمت معالم الدراسة النظرية المنهجية الكاملة ، فهناك مدلول للالتزام ثم اركان وشروط تتخلل تلك الاركان ، فثمة ملتزم ، وملتزم له وملتزم به ، وصيغة ، ثم هناك عرض

للامثلة فى نطاق كل فكرة ، ثم استعراض لاحكام كل فكرة ، خاصة من حيث مدى الجواز ، ومدى امكان التنفيذ ، ومـــدى الامر بذلك دون قضـــاء . أو الحكم بالتنفيذ .

٦ — من حيث تضافر الحلول الجزئية لتكوين فكرة أساسية :

يخطىء من يتصور للخطة أن الفقه الاسلامى يقدم حلولا غير مترابطة على صعيد واحد ، فالعكس هو الصحيح . ان النظرة السطحية قد تدخل فى الروع ان الفقـــه يتكلم عن عقود كثيرة فى مجال لا يحتملها ، والعكس هو الصحيح فان محاولة تعميق البحث فى فكرة واحدة .

Approfondissement Mongraphique

كما يقـــرر الفقـــه الفرنسى الحديث فى أهم اصطلاحاته ، هو الذى دفع الفقهاء الى الاســـتشهاد ؛ الذى لا يعنى بحشـــد المعلومات بقدر ما يريد تثبيت الاساسيات ، فالهدف دائما يتمثل فى تضافر الحلول الجزئية لتكوين فكرة أو أفكار أساسية .

٧ — من حيث التقسيمات القانونية :

فلا شك أن الفقه الاسلامى ، قد اهتم اهتماما بالغا بتقديم تقسيمات منطقية لنظرياته ، من ذلك مثلا تقسيم الالتزام الى التزام غير معلق وآخـــر معلق ، وتقسيم الالتزام المعلق بحسب المستفيد أو طبيعة الواقعة الشرطية الى تقسيمات عديدة على ما اتضح ســـلفا .

٨ — من حيث الاستشهاد بآراء الفقهاء :

فان للفقه الاسلامى المالكى قدم زادا عظيما لا ينفذ لمن يريد أن يتمثله فى أمانة العرض وســـلامة الاستنباط المدعوم برأى ثقاة للفقهـــاء . ولعل الاســـتشهاد فى هذا الصدد بآراء العلماء يـــؤكد تمكن الامانة للعلمية من الباحثين والمدققين من السادة المالكية فى فقه الشريعة الاسلامية .

● الإدارة العـــامـة
● العـــدد ٦٨
● ربيـع الآخر ١٤١١هـ
● اكتـوبـر ١٩٩٠م

قواعد المرافعات والاجراءات
فى الدعوى الادارية
أمام ديوان المظالم

د.محمد شتا أبو سعد *

تمهيد وتقسيم :

يتـوالى صدور الأنـظمة الإجرائية بالمملكة العربية السعودية لضبط قواعد المرافعات والإجراءات أمام مختلف الجهات القضائية، فى المسائل المدنية والتجارية والشرعية وغيرها، الأمر الذى يحقق مصلحة المتقاضين فى معرفة الضوابط الشكلية والإجرائية اللازمة لنيل حقوقهم المختلفة.

وكـان ممـا صدر فى هذا الصـدد قرار مجـلس الوزراء رقـم ١٩٠ وتـاريـخ ١٦/١١/١٤٠٩هـ بشـأن قواعـد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم والذى نشر بالجريدة الرسمية (أم القرى) بالعدد ٣٢٦٦ وتاريخ الجمعة ٤ من ذى الحجة ١٤٠٩هـ الموافق ٧ يوليه ١٩٨٩م، وهذا النظام مكون من سبع وأربعين مادة، وقد نصت مادته الأخيرة على أن «تنشر هذه القواعد فى الجريدة الرسمية ويعمل بها بعد ثلاثين يوما من تاريخ نشرها، وتلغى قرارى مجلس الوزراء رقم ١٦ وتاريخ ٦/١/١٣٨٣هـ ورقم ٩٦٨ وتاريخ ١٥ _ ١٦/٩/١٣٩٢هـ، كما تلغى كل ما يتعارض معها من أحكام».

وقد وردت هذه القواعد فى أبواب خمسة :

الباب الأول : فى الدعوى الإدارية. وقد ضبطت القواعد أحكامها فى المواد السبعة الأولى.

* مستشـار بمحكمـة استئناف القاهرة ومستشار التامينات الاجتماعية بالرياض، ومعار سابقا للتدريس بجامعات القاهرة والازهر والجزائر والملك سعود بالرياض وأم درمان الإسلامية. والمركز القومى للدراسات القضائية بالقاهرة.

الباب الثانى : فى الدعاوى الجزائية والتأديبية. وقد نظمت القواعد أحكامها فى المواد من الثامنة حتى الثانية عشرة.

الباب الثالث : فى النظر فى الدعوى والحكم فيها. وقد نظمت القواعد أحكامها فى المواد من الثالثة عشرة حتى الثالثة والثلاثين.

الباب الرابع : فى طرق الاعتراض على الأحكام، وقد فصلت القواعد أحكامها فى المواد من الرابعة والثلاثين حتى الثانية والأربعين.

الباب الخامس : فى الأحكام العامة، وضبطها المواد من الثالثة والأربعين حتى السابعة والأربعين.

وصدور هذه القواعد، يعنى أن ديوان المظالم أصبحت له قواعده الإجرائية الأصيلة لا الاستثنائية، وأنه بذلك أصبح فى غنًى عن إعمال القواعد العامة فى المرافعات، إلا إذا أعوزت إلى ذلك مقتضيات العدالة الإسلامية، وفى هذا الإطار فإنه لما كانت الدعوى الإدارية، ليست منبَتَّة الصلة كلية بالقواعد العامة المطبقة فى المملكة فى مجال المرافعات، فإن هذه القواعد العامة يمكن أن تكون فى حدود معينة، هى المرجع فيما لم يرد به نص فى قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، ولقد تجدر الإشارة إلى أنه صدر المرسوم الملكى رقم م/١ وتاريخ ١٤١٠/٣/١هـ بالموافقة على نظام المرافعات الشرعية، وقد نص البند ثانيا منه على أن ينشر هذا النظام فى الجريدة الرسمية ويعمل به بعد سنة من تاريخ نشره، وهو ما قضت به أيضًا المادة الأخيرة منه رقم مائتين وستة وستين. وقد نشر هذا النظام بالجريدة الرسمية (أم القرى) بالعدد رقم ٣٢٨٠ وتاريخ ١٤١٠/٣/٢٨هـ (الموافق ١٩٨٩/١٠/٢٧م).

وسنعالج قواعد المرافعات والإجراءات فى الدعوى الإدارية فى فصلين:

الفصل الأول : فى الدعوى الإدارية.

الفصل الثانى : نظر الدعوى الإدارية والحكم فيها.

الفصل الأول
الدعوى الادارية

بينت المادة الأولى من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كيفية رفع الدعوى الإدارية، وحددت المادة الثانية ما يجب مراعاته فى دعاوى خاصة قبل رفعها إلى ديـوان المظالم وهى الدعاوى المنصوص عليها فى الفقرة (أ) من المادة الثامنة من ديوان المـظالم ويقصـد بها الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة فى نظم الخدمة المدنية والتقاعد لموظفى ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم المستحقين عنهم. واستلزمت المادة الثالثة ضرورة مراعاة أى نص خاص بشأن الدعوى المنصوص عليها فى الفقرة (ب) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم ووجوب أن يسبق رفع الدعوى، التظلم إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوما من تاريخ العلم بالقرار، وتتكلم الفقـرة المشار إليها عن الدعاوى الخاصة بالطعن فى القرارات الإدارية لأسباب محددة وتعرضت المادة الرابعة لتقادم الدعاوى الموجهة إلى الحكومة لطلب التعويض أو المتعلقة بالعقود التى تكون طرفا فيها وهما المنصوص عليهما فى المادة ٨ ج، د وبينت المادة الخامسة ما يجب على رئيس الدائرة من تحديد موعد لنظر القضية، وحددت المادة السادسة قواعـد رفـع دعـاوى المطالبة بتنفيذ الأحكام الأجنبية، وقضت المادة السابعة بأن رفع الدعوى لا يوقف التنفيذ أصلا. ونعرض لكل مادة فى مبحث. باستثناء المادة السادسة على ما تقدم.

المبحث الأول
قواعد وإجراءات الدعوى الادارية

المطلب الأول : أساسيات رفع الدعوى الادارية

أولا : مفهوم الدعوى الادارية :

لا ترفع الدعوى الإدارية إلا بطلب[١]، ومعنى ذلك أن الدعوى الإدارية ليست هى ذات الطلب[٢]، وليست هى مجرد الادعاء[٣]، ولكن الدعوى الإدارية، حق نظامى أو قانونى، يبيح للشخص، الذى يعتقد أنه فى حاجة إلى حماية قضائية، أن يلجأ إلى ديوان المظالم، طلبا لهذه الحماية، بشأن حق منتهك، أو مركز نظامى أو قانونى معتدى عليه.

وعلى ذلك فإن من يعرف الدعوى بأنها مطالبة أو بأنها «طلب أحد حقه من آخر في حضور القاضي»[٤] ينظر إلى الوسيلة لا إلى جوهر الدعوى، ومن يعرفها بأنها ادعاء أو بأنها «قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق لنفسه»[٥] ينظر إلى أمر لاحق على رفع الدعوى، أما حقيقة الدعوى فهي أنها حق نظامي أو قانوني، وليست سلطة، لأن الحق إباحة والسلطة قوة وفرض، ومن له حق يستطيع أن يستعمله أو لا يستعمله في حدود القانون، أما السلطة[٦] فقد تنطوي على ضرورة ممارستها، فالحق يمكن مباشرته أما السلطة فيلزم إعمالها.

وتعريف الدعوى بأنها حق .. يجعلها لا تختلط بالحق الموضوعي أو المركز القانوني المراد حمايته كما هو مسلك التقليديين الذين يوحدون بين الدعوى والحق الموضوعي ويجعلونهما شيئا واحدا[٧]، ذلك أن الدعوى حق قائم بذاته[٨]، وهي حق يمنحه القانون للشخص الذي يريد الحماية سواء طلبها أم لم يطلبها، فإن طلبها كان ذلك الحق ثابتا في مواجهة من ترفع الدعوى ضده[٩]، ويجب ملاحظة أن الدعوى حق في طلب الحماية، وليست حقا في الحصول على الحماية، لأن الحصول على الحماية أمر منوط بمدى النجاح في إثبات الأحقية وهذا أمر محتمل وليس أمرا ثابتا ابتداء.

والدعوى الإدارية هي حق لمن كانت له صفة في رفعها، وهي بهذه المثابة تصرف مباح، وليست أمرا واجبا على الشخص، وهي حق يمكن التنازل عنه على استقلال عن الحق الموضوعي، ولكنها رغم ذلك تقبل الحوالة أو الانتقال تبعا لحوالة أو وراثة الحق الموضوعي، وهي كأي حق تنقضي بمضي المدة.

ثانيا : رفع الدعوى الادارية :

تنص المادة الأولى فقرة أولى من اللائحة على أنه :

«ترفع الدعوى الإدارية بطلب من المدعي، يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه، متضمنا بيانات عن المدعي والمدعى عليه وموضوع وتاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به، إن كان مما يجب المطالبة به قبل رفع الدعوى، وفقا للمادة الثانية من هذه القواعد، ونتيجة المطالبة أو تاريخ (التظلم) من القرار المطعون فيه، إن كان مما يجب التظلم منه إلى الجهة الإدارية قبل رفع الدعوى وفقا للمادة الثالثة من هذه القواعد ونتيجة التظلم».

وتحليل هذا النص يستلزم الحديث عن المسائل الآتية :

١ ـ ترفع الدعوى من المدعى :

ترفع الدعوى الإدارية من المدعى: والمدعى هو من يريد إثبات شيء، وعادة ما يخالف قوله الظاهر، وهو حر فى الاختيار أو السكوت[١٠]، ويمكنه أن يباشر دعواه بنفسه أو بواسطة وكيل أو نائب، وإذا كان المدعى شخصا طبيعيا فإنه لا يلزم أن يكون كامل الأهلية، ولكنه فى هذه الحالة يجب أن يباشر دعواه بواسطة شخص آخر سواه كامل الأهلية.

٢ ـ ترفع الدعوى بطلب :

المطالبة هى وسيلة التداعى أمام القضاء، وقد اقتضى التنظيم وإعمال مبدأ شكلية الإجراءات، التخلى عن فكرة الطلب الشفهى فى إقامة الدعوى ابتداء، وإعمال فكرة الطلب المكتوب، فالدعوى ترفع إذن بطلب مكتوب، طالما كان الثابت أن المطالبة القضائية هى «الوسيلة الفنية لرفع الدعوى إلى القضاء»[١١] وهذا فيما نعتقد هو أصدق تكييف للمطالبة أو الطلب فى الدعوى الإدارية أيضا.

فالمطالبة فى هذا الصدد يجسدها الطلب الذى يحرره أحد الأشخاص ويقدمه إلى ديوان المظالم طالبا الحكم له فى الموضوع الذى يدعيه، والمطالبة كعمل إجرائى تستلزم توافر الإرادة والمحل والسبب والشكل الذى يستلزمه النظام أو القانون وذلك بحسب القواعد العامة.

٣ ـ ترفع الدعوى إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه :

الأصل أن ترفع الدعوى إلى رئيس ديوان المظالم نفسه، ولكن طبيعة عمل رئيس الديوان تجعل من المستحيل عليه مباشرة ذلك الإجراء بنفسه ولذا فإن النظام منحه سلطة واسعة فى أن ينيب عنه من يشاء لكى ترفع إليه الدعوى، وعلى ذلك فإن رفع الدعوى يكون قد تم حسب صحيح نصوص النظام إذا تم ذلك فى مواجهة من ينيبه رئيس ديوان المظالم[١٢].

٤ ـ بيانات الطلب الذى ترفع به الدعوى الادارية :

حدد النظام بيانات معينة يلزم الإشارة إليها فى الطلب الذى ترفع به الدعوى الإدارية، وهذه البيانات هى:

أ ـ المدعى والمدعى عليه :

ويقصد بذلك تحديد أشخاص الدعوى الإدارية، تحديدا يفصح عن أسمائهم وصفتهم فيها ومحال إقامتهم كاملا واضحا، حتى وإن لم يقوموا بعد ذلك بمباشرة الدعوى، لأن

العبرة فى تحديد أشخاص الدعوى الإدارية، أو أى دعوى أخرى، هى بصفاتهم فيها، بصرف النظر عن مباشرتهم إياها، فصاحب الحق مدعيا كان أو مدعى عليه يمكن أن يوكل من يباشر الدعوى، ولا يترتب على ذلك صيرورة المباشر مدعيا أو مدعى عليه، بل يظل خارجا عن نطاق أشخاص الدعوى ولا يكون طرفا فيها.

ويجوز أن يكون المدعى فى الدعوى الإدارية شخصا اعتباريا، ويشترط الفقه الإسلامى الأهلية فى المدعى والمدعى عليه(١٣)، على أساس أن الدعوى فى هذا الفقة تصرف شرعى، ولكن المصلحة تستلزم عدم ضرورة توافر هذا الشرط، فمن يمثل القاصر أو المحجور عليه يمكن أن يحقق مصلحته، والأصل فى النائب الصلاح.

ب ـ موضوع الدعوى :

يقصد بموضوع الدعوى، محلها، أى الأمر الذى يريد المدعى تحقيقه من وراء دعواه، وهو يبين من خلال طلباته، المشروعة والمعلومة(١٤) والمحتملة الثبوت. ويقال عادة إن محل الدعوى يتكون من حكم مطلوب إصداره وحق يرد عليه ذلك الحكم وموضوع الحق أو المركز القانونى، ولا شك أن الحكم لا يمكن أن يكون فى الصحيح محلا للدعوى، لأن الحكم هو الذى يكشف عن مدى الأحقية فى موضوع الدعوى.

وقد يتمثل موضوع الدعوى فى طلب إلغاء قرار صادر عن الإدارة أو إعدام هذا القرار الذى صدر على نحو مخالف للنظام، أو فى طلب التعويض الناجم عن اعتداء على حق قائم أو مساس بمركز قانونى ثابت، أو المطالبة بحق من الحقوق المقررة فى الأنظمة كنظام الخدمة المدنية.

جـ ـ تاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به ونتيجة المطالبة عند استلزام ذلك:

من ناحية التقسيمات التقليدية(١٥) فى المجال النظامى المقارن فإن القضاء الإدارى قد يكون قضاء إلغاء توجه الخصومة فيه إلى قرار لائحى عام أو قرار إدارى فردى، وذلك بهدف إلغاء القرار المعيب، وفى هذا القضاء لا يجوز طلب تعديل القرار المخالف للنظام أو استبداله أو القضاء لرافع دعوى الإلغاء بحقوق معينة. وقد يكون القضاء الإدارى قضاء كاملا، ومثاله فى فرنسا الطعون المتعلقة بالمسئولية الإدارية (١٦)أو العقود الإدارية، وفضلا عن هذين النوعين هناك قضاء التفسير أى إعطاء مجرد تفسير للقرار الإدارى، وهناك قضاء العقاب حيث توقع عقوبات جنائية على من يخالف الأنظمة واللوائح التى تحمى المال العام(١٧).

وفى المملكة يجد التقسيمان الأولان مجال إعمال واسع لهما فضلا عن ولاية التأديب، وسيأتى عرض تفصيلى لذلك.

ولكننا نسبق إلى القول الآن ـ فى ضوء السياق المنطقى للنصوص ـ إن من يرفع دعوى إدارية للمطالبة بحق، أيا كان، عليه أن يضمّن طلبه المقدم إلى ديوان المظالم بيانا عن تاريخ مطالبة الجهة الإدارية بالحق المدعى به، إن كان ذلك الحق مما تجب المطالبة به قبل رفع الدعوى الإدارية وذلك وفقا لما يلى بيانه فى المادة الثانية من هذه القواعد، ذلك، فإذا لم يسلك الشخص هذا المسلك فإن دعواه تكون غير مقبولة لرفعها دون اتباع الطريق الذى رسمته اللائحة، وإذا ثبت أن الشخص طالب الجهة الإدارية بالحق بعد الميعاد المحدد نظاما فإن حقه فى رفع الدعوى الإدارية أمام ديوان المظالم يكون قد سقط. ويلاحظ أنه لا يكفى ذكر تاريخ المطالبة بل يتعين على الطالب ذكر نتيجة المطالبة، أى ما اتخذته الجهة الإدارية بشأن مطالبته بالحق.

د ـ تاريخ التظلم من القرار المطعون فيه ونتيجته :

كذلك فإنه إذا كان القرار المطعون فيه مما يجب التظلم منه قبل رفع الدعوى أمام ديوان المظالم، فإنه يتعين على الطالب أن يذكر تاريخ التظلم من القرار المطعون فيه، قبل أن يرفع دعواه، فضلا عن بيان نتيجة هذا التظلم، وذكر تاريخ التظلم من القرار إلى الجهة التى أصدرت ذلك القرار، قبل رفع الدعوى إلى ديوان المظالم، يبين مدى التظلم فى الميعاد وفقا للمادة الثالثة من هذه القواعد، وبالتالى يحدد مدى انقطاع سريان ميعاد رفع الدعوى بذلك التظلم، فالتظلم فى الميعاد يقطع سريان ميعاد رفع الدعوى إلى ديوان المظالم، وذلك بصدد دعوى إلغاء القرار الإدارى.

كذلك فإن ذكر نتيجة التظلم يخول ديوان المظالم سلطة مراقبة مدى سلامة القرار الذى اتخذته الجهة التى تم التظلم إليها.

وإذا رفع صاحب الشأن الدعوى أمام ديوان المظالم قبل أن يتخذ إجراء التظلم الذى يتعين عليه اتخاذه وجوبا، حكمت الدائرة المختصة بعدم قبول التظلم.

المطلب الثانى : إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة وتحضيرها

نصت المادة الأولى فقرة ٢ ، ٣ من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم على أنه: «يحيل رئيس الديوان الدعوى إلى الدائرة المختصة التى يقع فى دائرة اختصاصها

المركز الرئيسى للجهة المدعى عليها أو الدائرة المختصة التى يقع فى دائرة اختصاصها فرع هذه الجهة إذا طلب المدعى ذلك وكانت الدعوى متعلقة بهذا الفرع».

«وللدائرة المختصة الاستعانة بأحد المتخصصين لتحضير الدعوى تحت إشرافها».

ونعرض فيما يلى لفكرة الإحالة، وتحضير الدعوى.

أولا : إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة :

الدعوى الإدارية ترفع بطلب يقدم إلى رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه، ولكى يتم نظر الدعـوى فإن رئيس ديـوان المـظالم، يقوم، هو أو من ينيبه، بإحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة بنظرها، وهذه الدائرة، هى، أساسا تلك الدائرة التى يقع فى دائرة اختصاصها، المركز الرئيسى للجهة المدّعى عليها، معنى ذلك أن وجود المركز الرئيسى للجهة المدعى عليها فى مكان ما، يقتضى إحالة الدعوى الإدارية إلى الدائرة التى يوجد هذا المركز الرئيسى فى نطاق اختصاصها المكانى.

واستثناء من الأصل المتقدم، فإنه يمكن لرئيس الديوان أو من ينيبه إحالة الدعوى لا إلى الدائـرة التى يتبـع اختصاصها المكانى المركز الرئيسى وإنما إلى الدائرة التى يتبع اختصاصها المكانى فرع الجهة المدعى عليها، ويشترط فى هذه الحالة توافر شرطين متكاملين:

أولهما : تعلق الدعوى بهذا الفرع، فإن كانت الدعوى غير متعلقة بهذا الفرع فإنه لا يجوز إحالة الدعوى إلى الدائرة التى يقع فى دائرتها هذا الفرع حتى وإن طلب المدعى ذلك.

ثانيهما : أن يطلب المدعى إحالة الدعوى إلى تلك الدائرة، فإن لم يطلب وجبت الإحالة إلى الدائـرة التى يقـع فى دائرة اختصاصها المركز الرئيسى، حتى وإن تعلق الحق موضوع الدعوى بالفرع وليس بالمركز الرئيسى.

ثانيا : تحضير الدعوى :

منحت اللائحة، الدائرة المختصة، حق الاستعانة بأحد المتخصّصين لكى يقوم بتحضير الدعوى، شريطة أن يتم التحضير تحت إشرافها.

ويقصد بتحضير الدعوى، اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لإتمام تهيئة الدعوى الإدارية للفصل فيها.

وعلى ذلك فإن من يتم الاستعانة به لتحضير الدعوى الإدارية، يستطيع تحت إشراف الدائرة التى استعانت به، ان يقوم بالآتى:

١ ـ الاتصال بالجهة أو الجهات الحكومية المعنية لطلب ما يعتقد بلزومه من الأوراق أو البيانات.

٢ ـ استدعاء من يرى ضرورة استدعائه من ذوى الشأن، وذلك لسؤالهم عن بعض الوقائع التى يمكن أن تساعد فى جلاء الحقيقة، أو طلب مذكرات ،و مستندات تكميلية منهم.

٣ ـ الأمر بدخول شخص ثالث فى الدعوى.

٤ ـ اتخاذ أى إجراء نظامى يساعد على أو يسهم فى إتمام تهيئة الدعوى للفصل فيها حتى ولو لم يكن منصوصا عليه طالما لم يكن ممنوعا منه، فمن يحضر الدعوى يباشر مهمة قضائية بمعنى الكلمة، فى ضوء ما هو معروف من أن الإدارة خصم شريف، لا هم لها إلا تحقيق المصلحة العامة، وهذا ما ينأى بالدعوى الإدارية عن اللدد فى الخصومة أو الكيد.

المبحث الثانى
قواعد وإجراءات دعاوى المطالبات
بالحقوق الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد

حسبما يبين من فاتحة المادة الثانية من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم فإنها استلزمت فى الدعاوى الواردة فى الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم أن يسبق رفعها إلى الديوان مراعاة أمور شرحتها فقرات أربع من تلك القواعد.

ونعرض فى مطلب أول للدعاوى المنصوص عليها فى الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم، وفى مطلب ثان للإجراءات التى يجب مراعاتها.

المطلب الأول :
دعاوى المطالبات بالحقوق الناشئة عن نظام الخدمة والتقاعد :

وفقـا للمادة الثامنة من نظام ديوان المظالم فإن الديوان يختص كهيئة قضاء إدارى مستقلة بأمور منها ما ورد فى الفقرة المشار إليها وهى «الدعاوى المتعلقة بالحقوق المقررة فى نظام الخدمة المدنية والتقاعد لموظفى ومستخدمى الحكومة والأجهزة ذوات الشخصية المعنوية العامة المستقلة أو ورثتهم والمستحقين عنهم».

ومن استقراء احكام نظام الخدمة المدنية المشار إليه يتضح ان أهم الحقوق التى يمكن ان يطالب بها الموظف او المستخدم، ما يلى:

١ - إثبات الأحقية فى الراتب، أو فى راتب أول درجة فى مرتبة الوظيفة التى عين عليها، أو راتب اول درجة تتجاوز راتبه عند التعيين إذا كان راتبه فى هذا الوقت يساوى راتب هذه الدرجة أو يزيد عليه، أو إثبات الأحقية فى راتب أول درجة فى مرتبة الوظيفة التى يرقى إليها، أو الحق فى الوضع بنفس الدرجة التى كان عليها إذا كان قد ترك الخدمة وأعيد فى وظيفة بنفس المرتبة، وذلك وفقا لما هو منصوص عليه فى المواد ١٦، ١٧، ١٨، من نظام الخدمة المدنية وما بعدها.

٢ - المطالبة بالبدلات والمكافآت والتعويضات وفقا لنصوص المواد ٢٢ وما بعدها من ذلك النظام والمادة ٢٢ وما بعدها من اللوائح التنفيذية له.

٣ - الحصول على الإجازات بمددها وشروطها وفترات الغياب التى يستحقها أو يؤذن له فيها وفقا للمادة ٢٨ من ذلك النظام والمادة ٢٨ وما بعدها من اللوائح التنفيذية له، أو إثبات الأحقية فيها.

٤ - كافة الحقوق الأخرى الواردة فى نظام الخدمة المدنية سواء فى صورة حق أو إثبات القيام بواجب ترتب على القول بعدم القيام به ضياع حق، أوكان من الراجح أنه يترتب عليه ضياع حق، **ويمكن القول بوجه عام إن من حقوق الموظف العام التى قد يطالب بها أمام ديوان المظالم بعد اجتياز المراحل الإجرائية الأخرى :**

أ - حقوقا أثناء شغل الوظيفة كقرار يتعلق بالترقية أو بحق مالى أو بأمر تأديبى، طالما توافرت للموظف مصلحة واضحة فى هذا الشأن، وتتوافر للموظف أو المستخدم مصلحة حتى ولو تم تنفيذ الجزاء التأديبى قبل الحكم فى الدعوى، فمن المصلحة رفع ذلك الجزاء.

ب - حقوق الموظف أو المستخدم المتعلقة بخروجه من الوظيفة العامة.

المطلب الثانى :

مايجب مراعاته قبل رفع دعاوى المطالبة بالحقوق المترتبة على نظام الخدمة المدنية والتقاعد :

من نص البنود الأربعة الواردة بالمادة الثانية يتضح أن هناك أمورا يجب مراعاتها قبل رفع الدعوى أو الدعاوى إلى ديوان المظالم إذا كانت تلك الدعاوى متعلقة بما هو منصوص

عليه فى الفقرة (أ) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم آنفة الذكر وهى:

أولا : مطالبة الجهة الادارية بالحق

القاعدة العامة :

يجب على الموظف أو المستخدم قبل أن يرفع دعواه إلى ديوان المظالم، أن يطالب الجهة الإدارية التى يتبعها بالحق الذى يدعيه، خلال مدة معينة هى خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به.

الاستثناء :

وإذا كان الأصل هو وجوب مطالبة الجهة الإدارية بالحق خلال خمس سنوات من تاريخ نشوئه، إلا أنه يرد على هذه القاعدة استثناء، فيجب سماع الدعوى، رغم عدم مطالبة الجهة الإدارية بالحق خلال تلك السنوات الخمس، إذا كان هناك عذر شرعى حال دون تلك المطالبة.

ولكن التعلل بالعذر لا يكفى، بل يجب على الموظف أو المستخدم أن يثبت قيام هذا العذر ثبوتا تقتنع به الدائرة المختصة بالديوان، فى إطار مالها من سلطة تقديرية فى هذا الصدد.

ويلاحظ أن رفع الدعوى دون مطالبة بالحق خلال المدة المحددة، مع الادعاء بتوافر العذر الشرعى، يستلزم إحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة لتنظر أولا فى مدى ثبوت ذلك العذر أمامها، فإن ثبت لها نظرت الدعوى، وإلا فإنها تقضى بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير اتباع الإجراء أو الطريق الذى رسمه النظام.

وإذا طالب الموظف أو المستخدم الجهة الإدارية، بحقه، قبل مضى السنوات الخمس المشار إليها، فإن الجهة الإدارية تكون ملزمة نظاما بأن تبت فى المطالبة خلال تسعين يوما من تاريخ تقديمها لها.

ولا شك أن مناط أعمال المدة المحددة للمطالبة هو نشوء الحق بعد نفاذ اللائحة (أى قواعد الإجراءات والمرافعات أمام ديوان المظالم) فإذا كان الحق قد نشأ قبل نفاذها، فإن المدة المحددة للمطالبة به يبدأ احتسابها من تاريخ نفاذ اللائحة.

وما تقدم هو مفهوم البند الأول من المادة الثانية من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، وهى المادة التى تجد حكمتها فى الاعتبارات الآتية:

أولا : تأكيد الثقة فى الإدارة: فالإدارة حتى وإن وصفت بأنها خصم، فإنها خصم شريف هدفه تحقيق المصلحة العامة ولذا فإن الرجوع إليها أولا يعنى تأكيد الثقة فى قدرتها على تحقيق أهدافها المرتبطة بغايات المجتمع ذاته.

ثانيا : إعطاء الإدارة فرصة كافية لتدبر مدى وقوعها فى الخطأ وبالتالى إصلاح هذا الخطأ إن كان قائما.

ثالثا : تأكيد فكرة اقتصاديات العدالة فإذا كان الحصول على الحق ممكنا من الإدارة ذاتها فلماذا إنفاق الوقت والجهد قبل الرجوع إليها!!

ثانيا : التظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية

- التظلم ومواعيده :

قد يطالب الموظف أو المستخدم الجهة الإدارية المختصة بالحق خلال المدة المحددة، وفى هذه الحالة فإن الجهة الإدارية يمكنها أن تتخذ أحد موقفين:

أولهما : إصدار قرار برفض المطالبة خلال مدة التسعين يوما المشار إليها.

ثانيهما : عدم البت فى المطالبة خلال تلك المدة، وبالتالى انقضاء هذه المدة دون أن تقول الجهة الإدارية كلمتها فى الموضوع.

وكلا الموقفين السابقين، لا يمنحان الموظف أو المستخدم الحق فى رفع دعواه مباشرة إلى ديوان المظالم، وإنما يتعين على صاحب الحق أن يتظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية أولا، وهو مقيد فى أن يتظلم من قرار الرفض أو عدم البت خلال ستين يوما، وهذه المدة تحتسب من تاريخ العلم بالقرار الصادر من الجهة الإدارية برفض المطالبة، أو انقضاء مدة التسعين يوما المشار إليها آنفا، دون أن تبت الجهة الإدارية فى الحق. فالتظلم للديوان العام للخدمة المدنية هو إجراء وجوبى لاحق لمطالبة الجهة الإدارية بالحق وسابق على رفع الدعوى إلى ديوان المظالم، إن أعوزت إلى ذلك الضرورة، على ما نرى الآن واتخاذه يقطع بأن الإدارة قد محصت مطالبة صاحب الشأن بالحق، دون أن تجدها جديرة بالإجابة.

- تسبيب قرار الجهة الإدارية ييسر بَتَّ الديوان العام للخدمة المدنية فى التظلم خلال الميعاد:

تقضى الفقرة الثانية من البند الثانى من المادة الثانية من اللائحة بأنه «يجب أن يكون القرار الصادر من الجهة الإدارية برفض المطالبة مسببا، وعلى الديوان العام للخدمة المدنية أن يبت فى التظلم خلال ستين يوما من تاريخ تقديمه».

المرحلة الثانية التى تجتازها المطالبة بالحق قبل رفع الدعوى إلى الديوان، هى التظلم من قرار الجهة الإدارية برفض المطالبة أو عدم البت فيها، إلى الديوان العام للخدمة المدنية، الذى يتعين عليه أن يبت فى التظلم خلال ستين يوما، وتحتسب هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم له.

ولا شك أنه مما ييسر على الديوان العام للخدمة المدنية البت فى التظلم خلال الميعاد، أن يكون قرار الجهة الإدارية الصادر برفض المطالبة بالحق قرارا مسببا. وتسبيب القرار يعنى تضمينه كافة الحيثيات التى تفصح عن أسباب اتجاه إرادة الإدارة إلى رفض المطالبة. ولا شك أن هذه مسألة فنية، وتحتاج من الجهة الإدارية إلى قدرة فى منطق الاقناع، والبرهنة على أن السبيل الذى اختطته ليس سبيل تعسف، وإنما هو سبيل محاجة وبيان.

ثالثا : رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوما

من حق صاحب المصلحة، إذا أصدر الديوان العام للخدمة المدنية قرارا برفض تظلمه، أو إذا مضت مدة ستين يوما من تاريخ تقديم التظلم إلى ذلك الديوان دون البت فيه، أن يرفع دعواه إلى ديوان المظالم خلال المدة التى حددتها هذه القواعد، فالأمر جوازى لذى المصلحة، فإن شاء سلك سبيل رفع الدعوى، وإن شاء سلم بما آلت إليه مطالبته من رفض صريح أو ضمنى.

فإذا اختار ذو المصلحة سبيل التداعى أمام ديوان المظالم، كان عليه أن يرفع الدعوى خلال تسعين يوما من تاريخ العلم بقرار الرفض، أو من تاريخ انقضاء الستين يوما المشار إليها دون بتّ فى التظلم، فإن كان ما تبقى من خمس السنوات الواردة فى الفقرة الأولى (المقصود هو البند الأول) من المادة الثانية من هذه القواعد أطول من التسعين يوما، رفعت الدعوى خلال هذه المدّة الأطول.

وهذا ما نصّ عليه البند الثالث فقرة أولى من المادة الثانية من هذه القواعد بقوله:

«إذا صدر قرار الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم أو مضت المدة المحددة فى الفقرة السابقة دون البت فيه، جاز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوما من تاريخ العلم بالقرار الصادر بالرفض، أو انقضاء الستين يوما المذكورة دون البت فى التظلم، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة فى الفقرة الأولى من هذه المادة، أيهم أطول».

أما الفقرة الثانية من هذا البند فاستلزمت «أن يكون القرار الصادر من الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم مسببا».

ومفهـوم المخالفة لذلك أن قبول ذلك الديوان للتظلم يجنبه عناء ذكر أسباب القبول، وعندئذ تعتبر أسباب التظلم من القرار بمثابة أسباب الموافقة على التظلم.

رابعا : جواز رفع دعوى أمام ديوان المظالم بطلب تنفيذ ما ثبتت الأحقية فيه

إذا وجد الديوان العام للخدمة المدنية أن المدعى محقّ فى طلبه، فإنه يصدر قرارا بأحقية المدعى فيما يطالب به، وعندئذ يمكن أن تتخذ الجهة الإدارية أحد موقفين: فهى إما أن تنفذ قرار الأحقية، وبذا ينتهى النزاع، وإما ألا تنفذ ذلك القرار، الصادر عن الديوان العام للخدمة المدنية، فإذا استمر عدم تنفيذ ذلك القرار ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه، فإنه يجوز لذى الشأن، أن يتقدم إلى ديوان المظالم، لرفع دعواه، أى دعوى طلب تنفيذ ما ثبتت فيه الأحقية، ويشترط فى هذه الحالة أن يتم رفع الدعوى خلال ستين يوما، من تاريخ انقضاء الثلاثين يوما المشار إليها، أو خلال ما تبقى من خمس السنوات المذكورة فى البند الأول من المادة الثانية من هذه القواعد أيهما أطول.

المبحث الثالث
قواعد وإجراءات دعاوى الإلغاء

لدعوى الإلغاء قواعدها الخاصة وإجراءاتها المحددة، وهذه القواعد والإجراءات، قد ترد فيها نصوص خاصة، وقد تضبطها قواعد عامة؛ والنصوص الخاصة تسرى فى نطاق ما صدرت بشأنه، حتى وإن خرجت على فحوى ومضمون القواعد العامة، استنادًا إلى القاعدة الأصولية الثابتة وهى أن« الخاص يقيد العام ولا عكس». أما إن ضبطتها قواعد عامة، كما ورد فى المادة الثالثة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، فإن هذه القواعد والإجراءات العامة هى التى تسرى طالما لم يقيدها نص خاص.

ولقد تبلورت القواعد والإجراءات المتعلقة بدعاوى الإلغاء فى المادة المشار إليها، حيث لا يجوز لذى الشأن أن يرفع دعواه لديوان المظالم ما لم يسبق ذلك قيامه بالتظلم خلال مدة معينة. كما أن الجهة الإدارية المختصة التى تم التظلم لها، تصدر قرارها خلال مدة محددة يعتبر مضيها دون بت فى التظلم بمثابة صدور قرار بالرفض.

ولا يخلو الأمر بشأن الدعوى من **فرضين**. **أولهما**: ألا تكون متعلقة بشئون الخدمة المدنية وعندئذ ترفع الدعوى خلال موعد محدد دونما حاجة إلى تظلم، **وثانيهما**: أن تكون متعلقة بشئون الخدمة المدنية، وفى هذه الحالة يلزم قبل رفعها إلى ديوان المظالم، التظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية خلال أجل مضروب، بحيث لا ترفع دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم إلا بعد أن يصدر الديوان العام للخدمة المدنية قرارا برفض التظلم أو أن تمضى المدة المحددة لصدور القرار دون البت فى شأنه.

وقد يصدر قرار الديوان العام للخدمة المدنية لصالح المتظلم ولا تقوم الجهة الإدارية بتنفيذه خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغه وعندئذ يجوز رفع الدعوى إلى ديوان المظالم خلال الستين يوما التالية لهذه المدة.

ويلزم للوقوف على قواعد وإجراءات دعوى الإلغاء أن نعرض أولا للدعاوى المشار إليها فى كلمة وجيزة، ثم نشير إلى الإجراءات الواجب مراعاتها قبل رفع تلك الدعاوى.

المطلب الأول : دعوى الإلغاء :

تنص المادة الثامنة فقرة ب من نظام ديوان المظالم على أن يختص الديوان بالفصل فى «الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن بالطعن فى القرارات الإدارية متى كان مرجع الطعن عدم الاختصاص أو وجود عيب فى الشكل أو مخالفة النظم واللوائح أو الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أو إساءة استعمال السلطة. ويعتبر فى حكم القرار الإدارى رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقا للأنظمة واللوائح».

يتكلم هذا النص عن دعوى الإلغاء، **فما هى دعوى الإلغاء؟، وما العيوب التى نص عليها النظام والتى تبرر الإلغاء؟.**

الفرع الأول : ماهية دعوى الإلغاء

دعوى الإلغاء هى دعوى يرفعها أحد الأفراد إلى القضاء الإدارى من أجل إلغاء أو إعدام قرار إدارى موسوم بعدم المشروعية [١٨].

فدعوى الإلغاء إذن هى دعوى يرفعها أى فرد فى المملكة لديوان المظالم ابتغاء الحكم لمصلحته بإلغاء أو إعدام قرار صادر عن الإدارة حالة كونه معيبا بأحد العيوب المنصوص عليها.

فقضاء الإلغاء، مظهر من مظاهر الرقابة القضائية كنوع من أنواع رقابة المشروعية فى المملكة، بحيث إنه إذا أصدرت الإدارة قرارا غير مشروع، فإن الفرد الذى يتضرر منه، يحق له أن يلجأ لديوان المظالم، وفقا لأصول إجرائية محددة، طالبا إلغاء ذلك القرار المعيب، ودعوى الإلغاء من سمات القانون العام، ولا نظير لها فى مجال القانون الخاص ويقتصر دورها على «البحث فى مشروعية القرار دون البحث فى ملاءمته» [١٩] وينصرف أثر إلغاء القرار الإدارى إلى الكافة، فإلغاء القرار، يعدم هذا القرار ليس بالنسبة لمن رفع دعوى الإلغاء فقط وإنما بالنسبة للجميع.

وإذا كانت الدول التى تأخذ بنظام وحدة القضاءين الإدارى والعادى تنيط الاختصاص بنظر الدعوى للقضاء العادى، فإن الدول التى تأخذ بنظام الازدواج القضائى تنيط ذلك بالقضاء الإدارى، وفى المملكة العربية السعودية يختص ديوان المظالم، باعتباره هيئة قضاء إدارى مستقلة بنظر دعوى إلغاء القرار الإدارى.

الفرع الثانى : العيوب التى تبرر إلغاء القرار الادارى

العيوب التى تبرر إلغاء القرار الإدارى هى بحسب ما ورد فى النص:

١ـ عيب عدم الاختصاص :

يكون القرار الإدارى مشوبا بعيب عدم الاختصاص، إذا صدر من جهة لم يخولها النظام سلطة إصداره. وقد عرف القضاء عدم الاختصاص بأنه «عدم القدرة على مباشرة عمل قانونى معين جعله «المشرع» من سلطة هيئة أو فرد آخر»[٢٠].

ويقول الفقه إن عيب عدم الاختصاص قد يكون إيجابيا عندما تصدر جهة إدارية قرارا يكون من اختصاص جهة إدارية أخرى. وقد يكون سلبيا عندما ترفض جهة إدارية إصدار قرار معين لاعتقادها أنه لا يدخل فى اختصاصها، والنوع الأول هو الشائع عملا[٢١].

وعيب عدم الاختصاص يتعلق بالنظام العام فى المملكة، ولذا فإن ديوان المظالم يتصدى له من تلقاء نفسه، حتى لو لم يستند صاحب الشأن فى طلب إلغائه إلى هذا العيب، ولا يجوز للجهة الإدارية التنازل عن الاختصاص المنوط بها، دون تفويض[٢٢] أو إجازة قانونية أو نظامية، كما لا يجوز للجهة الإدارية مخالفة قواعد الاختصاص إلا فى حالة توافر ظرف استثنائى يقتضى ذلك، ولا يجوز للإدارة أن تتفق مع الأفراد على تعديل قواعد الاختصاص عندما تبرم معهم عقدا من العقود، كما أنه إذا صدر قرار مشوب بعيب عدم الاختصاص فإنه لا يجوز تعديل ذلك القرار بإجراء لاحق[٢٣].

ويكون عيب عدم الاختصاص جسيما إذا أصدر القرار شخص عادى، حيث يكون ذلك القرار معدوما من الأصل، وقد خفف مجلس الدولة الفرنسى من حدة هذه القاعدة بإعمال نظرية الموظف الفعلى، فحمى الشخص حسن النية الذى يتعامل مع الشخص العادى الذى يظهر بمظهر الموظف العام، أو الذى يتعامل مع موظف كان قرار تعيينه باطلا، فقرار هذا الموظف الفعلى يعتبر صحيحا، شأنه أيضا شأن القرار الذى يصدر من فرد عادى يدير مرفـ عاما فى ظروف استثنائية كحالة حرب أو ما إلى ذلك.

وفى القانون الإدارى المقارن يعتبر عيب عدم الاختصاص جسيما كذلك، وينعدم معه القرار، كلما قامت السلطة التنفيذية بإصدار قرار من اختصاص السلطة القضائية، أو السلطة التشريعية، بل قيل إنه يعد، اغتصابا لسلطة القرار الإدارى ـ اعتداء هيئة تأديبية على اختصاص هيئة أخرى، أو اعتداء مرؤوس على اختصاص رئيسه، أو إذا كان هناك تفويض باطل(٢٤).

٢ ـ عيب الشكل :

الشكل هو الصورة أو المظهر الخارجى الذى يستلزم القانون أو النظام صدور القرار وفقا له كالكتابة أو تسبيب القرار أو عرضه على جهة استشارية معينة وبدون ذلك يكون القرار معيبا بعيب الشكل بحيث يجوز لذى المصلحة أن يطلب إلغاءه(٢٥).

وقواعد الشكل فى القرارات الإدارية تتحدد من خلال الأنظمة واللوائح(٢٦)، فالإدارة فى مقابل امتيازاتها، تلتزم بسلوك الشكل الذى ترسمه الأنظمة واللوائح فى إصدار القرارات الإدارية(٢٧) ولذا فإن مخالفة الشكل تجعل القرار باطلا، من حيث الأصل لا سيما إذا كان الشكل جوهريا، كعدم اتباع الصورة الخارجية التى كان يتعين إفراغ القرار فيها، أو عدم تسبيب القرار إذا كان تسبيبه شكلا أساسيا لازما لإصداره وصحته، أو عدم اتباع إجراء تمهيدى معين كإعلان صاحب الشأن لسماع أقواله أو عدم مراعاة المدد المحددة أو عدم استشارة جهة أو فرد كان من اللازم استشارته.

ولكن إذا لم يكن الشكل جوهريا فإن عدم مراعاته لا يترتب عليه إلغاء القرار الإدارى(٢٨)، كإغفال شكل مقرر لصالح الإدارة لا لمصلحة الأفراد، أو لعدم اتباع الإدارة شكلا ثانويا لا يؤثر فى سلامة القرار موضوعيا أو لم تنقص من ضمانات الأفراد(٢٩)، أو إذا استحال، إتمام الشكل مدة طويلة وكان مبنى الاستحالة هو الناحية المادية، أو إذا تم اتخاذ الإجراء الشكلى بعد إهماله.

٣ ـ عيب مخالفة النظم واللوائح والخطأ فى تطبيقها وتأويلها :

يعتبر القرار الإدارى غير مشروع إذا صدر على خلاف النظم واللوائح، أو إذا شابه خطأ فى تطبيق النظم واللوائح أو تأويلها، وينصرف هذا العيب إلى محل القرار الإدارى، فهو عيب يلحق الأثر النظامى للقرار الإدارى من حيث تأثيره فى المراكز النظامية للأفراد. فالأصل إذن أن القرارات الإدارية لا تكون صحيحة إلا إذا أصدرت متفقة مع «القانون أو النظام وطبقا له»(٣٠).

والنظم واللوائح التى لا يجوز صدور القرارات الإدارية بالمخالفة لها تشمل كافة قواعد الشريعة الإسلامية المطبقة فى البلاد[٣١]، فهى دستور البلاد كتاباً وسنة، وكافة الأنظمة وكافة اللوائح والقواعد التى يصدرها مجلس الوزراء فضلا عن اللوائح المختلفة والمبادئ النظامية العامة والعرف الإدارى، والقضاء الإدارى الذى تجسده «أحكام» ديوان المظالم.

فإذا خالف القرار الإدارى قاعدة قانونية أو نظامية سواء كانت المخالفة مباشرة، تتجاهل القاعدة النظامية بصورة كلية، أو كان الأمر مجرد خطأ فى تفسير القاعدة النظامية وذلك بإعطاء القاعدة معنى يغاير معناها الحقيقى المقصود، أو كان الخطأ فى تطبيق القاعدة القانونية على الوقائع[٣٢] فإنه يمكن طلب إلغاء ذلك القرار.

ويلاحظ أنه عندما أجاز ديوان المظالم الطعن فى القرارات الإدارية لهذا السبب فإنه بهذا يكون «قد سلك الاتجاه الحديث فى توسيع نطاق حق الطعن فى القرارات الإدارية، ليس لكونها صدرت مخالفة للنظام أو القانون أو اللوائح الإدارية فحسب، بل ينسحب هذا الحق عند الخطأ فى تطبيقها أو تأويلها أيضًا»[٣٣]، وهكذا فإن نظام ديوان المظالم قد آثر ضرورة احترام فكرة محل القرار الإدارى، سواء تمثل الأمر فى إنشاء أو تعديل أو إلغاء مركز قانونى عام، وذلك هو أثر اللائحة، أو تعلق الأمر بمركز قانونى ذاتى وهذا هو الأثر الذى يترتب على القرار الفردى[٣٤].

٤ ـ عيب إساءة استعمال السلطة :

من أركان القرار الإدارى ركن الغاية أو الغرض أو الباعث «وهو النتيجة النهائية التى يسعى رجل الإدارة إلى تحقيقها»[٣٥]، فإذا لم تحترم الإدارة ركن الغاية كان قرارها مشوبا بعيب إساءة استعمال السلطة، فإذا أصدرت الإدارة قراراً بتأديب موظف فإن غاية قرارها تتمثل فى التأديب، لارتكابه جريمة تأديبية مثلا، والتأديب هو التعبير الآخر عن الرغبة فى حفظ النظام وحسن سير العمل، وسبب إصدار القرار التأديبى هو ارتكاب الموظف الجريمة التأديبية، وهذا يعنى أن هناك اتصالا بين الغاية من القرار والسبب، ولكنهما رغم ذلك يتميزان فالسبب يعنى أن رجل الإدارة لا يباشر سلطاته إلا إذا كان هناك مبرر لذلك، والغاية هى الإطار الذى تدور داخله السلطة التقديرية للإدارة[٣٦].

وعلى ذلك فإن القرار الإدارى قد يكون خاليا من كافة عيوب عدم المشروعية ولكن الباعث عليه أو الغاية منه تكون على خلاف ظاهره[٣٧] فيمكن طلب إلغائه، فإذا حدد النظام أو القانون غايات معينة فلا يجوز للإدارة أن تستهدف غايات أخرى غيرها، وإذا لم يحدد

النظام غاية معينة كان على الإدارة أن تسعى إلى تحقيق هدف المصلحة العامة، وإلا جاز إلغاء ذلك القرار بسبب توافر عيب إساءة استعمال السلطة[٣٨].

- ما يعتبر فى حكم القرار الإدارى :

أشارت المادة ٨/١ب من نظام ديوان المظالم إلى انه يعتبر فى حكم القرار الإدارى وبالتالى تصدق عليه أسباب الإلغاء «رفض السلطة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ قرار كان من الواجب عليها اتخاذه طبقا للأنظمة واللوائح».

- مدى تأثير دعوى الإلغاء على تنفيذ القرار الإدارى :

يرى أحد الكتاب - بحق - أنه لا ينبغى أن توقف دعوى الإلغاء سير تنفيذ القرار الإدارى، استنادا إلى أن ما صدر من قرارات إدارية صحيحة فإنها يجب أن تظل كذلك إلى أن يثبت العكس[٣٩].

ومع أن ذلك هو المسلك الذى تبنته اللائحة إلا أنها أجازت الأمر بوقف تنفيذ القرار أو باتخاذ إجراء تحفظى أو وقتى عند الاقتضاء، إذا كان عدم الأمر بوقف التنفيذ أو اتخاذ الإجراء يرتب آثارا يتعذر تداركها لو تم الانتظار لحين الفصل فى أصل الدعوى.

وقد نصت على ذلك المادة السابقة من اللائحة تفصيلا بقولها:

«لا يترتب على رفع الدعوى وقف تنفيذ القرار المطعون فيه. على أنه يجوز للدائرة المختصة أن تأمر بوقف تنفيذ القرار أو أن تأمر بإجراء تحفظى أو وقتى بصفة عاجلة عند الاقتضاء خلال أربع وعشرين ساعة من تقديم الطلب العاجل أو إحالته إليها إذا قررت ترتب آثار يتعذر تداركها وذلك حتى تفصل فى أصل الدعوى»

المطلب الثانى : قواعد وإجراءات دعوى الالغاء :

رسمت المادة الثالثة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم الأصول الإجرائية التى يتعين مراعاتها قبل رفع دعوى الإلغاء وهى:

أولا : التظلم من القرار خلال ستين يوما من تاريخ العلم به

فى غير الحالات التى ورد بشأنها نص خاص، فإنه يجب قبل رفع دعوى الإلغاء، التظلم إلى الجهة الإدارية التى أصدرت القرار، ويجب أن يتم هذا التظلم خلال ستين يوما من تاريخ العلم بهذا القرار، وهذا العلم يتحقق بأحد سبيلين:

اولهما : الإبلاغ بالقرار.

ثانيهما : النشر فى الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ بالقرار.

هذا فيما يتعلق بالقرارات الصادرة بعد نفاذ هذه اللائحة، أما القرارات الصادرة قبل نفاذ هذه اللائحة، فإن مدة التظلم بالنسبة لها تبدأ من تاريخ نفاذ هذه القرارات.

بدء سريان ميعاد التظلم من تاريخ العلم بالقرار :

يتحقق العلم بالقرار إما بالإبلاغ أو بالنشر فى الجريدة الرسمية عند تعذر الإبلاغ.

أ ـ الإبلاغ كوسيلة أساسية للعلم بالقرار :

الوسيلة الأساسية للعلم بالقرار الإدارى، علما يبدأ به سريان ميعاد التظلم من القرار هى إبلاغ ذوى الشأن به.

والإبلاغ هو إعلان الفرد بالقرار، أو إعلامه به، على نحو شامل، يجعله يحيط به إحاطة كاملة، سواء من حيث مضمونه أو من حيث عناصره، فبهذا الإبلاغ يتحقق العلم بالقرار، علما ينتج أثره النظامى وهو بدء سريان ميعاد رفع دعوى الإلغاء إلى ديوان المظالم.

ويكون الإبلاغ نظاميا، إذا وجه إلى الشخص كامل الأهلية فى موطنه، أو إلى الوصى ومن إليه بالنسبة لناقص الأهلية.

وإذا صدر القرار فى مواجهة شخص معنوى مثل الشركات والجمعيات فإن الإبلاغ يتم إلى ممثل الشخص المعنوى أو نائبه النظامى أو القانونى.

والإبلاغ كوسيلة تنقل بها جهة الإدارة القرار الإدارى إلى صاحب أو أصحاب الشأن يجب أن يتم بأى طريقة ترى الإدارة أنها الوسيلة المناسبة للعلم بالقرار، ولا يجب أن يتم وفقا لشكل معين، ولا فى قالب محدد، طالما كان الإبلاغ منصبا على فحوى القرار الإدارى، ولذا يجوز أن يتم باليد، أو بخطاب موصى عليه، أو بأى وسيلة أخرى يتوافر بها الدليل على تمامه، لأن عبء إثبات حدوث الإبلاغ يقع على عاتق الإدارة ذاتها، إنما يلاحظ أن ميعاد الطعن يبدأ من تاريخ اتصال علم المبلغ له به.

ب ـ النشر كوسيلة احتياطية للعلم بالقرار عند تعذر الإبلاغ :

المقصود بالنشر كوسيلة للعلم بالقرار الإدارى عند تعذر الإبلاغ به، هو نشر القرار فى الجريدة الرسمية، أى فى جريدة أم القرى، وحدها دون سواها، من طرق النشر الأخرى حتى لو تحقق العلم اليقينى بتلك الطرق.

وقد كانت اللائحة واضحة فى ذلك حماية لمصالح الأفراد، ذلك أن النشر ينفتح به سريان ميعاد الطعن فى القرار الإدارى، وكل ذلك ما لم يرد نص خاص يأخذ بفكرة العلم عن طريق النشر فى نشرة خاصة أو أية صحيفة وعندئذ يؤخذ بالنص الخاص، لأن الخاص يقيد العام ولا عكس. والنشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى) يرفع عن الجهة الإدارية أى عبء يتعلق بحدوث النشر الذى يبدأ منه سريان ميعاد التظلم من القرار الإدارى.

ثانيا : بت الجهة الإدارية فى التظلم خلال تسعين يوما

إذا تحقق علم صاحب الشأن بالقرار الإدارى، وأراد رفع دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم، فقام بأول خطوة وهى التظلم من القرار إلى الجهة الإدارية المختصة خلال ستين يوما من تاريخ العلم بالقرار، كان على صاحب الشأن أن ينتظر الخطوة الثانية التى تتخذها الجهة الإدارية نفسها، وهى قيام تلك الجهة الإدارية بالبت فى التظلم خلال تسعين يوما وتبدأ هذه المدة من تاريخ تقديم التظلم إلى الجهة الإدارية، فإذا أصدرت الجهة الإدارية قرارها خلال الميعاد، وكان هذا القرار بالرفض، فإنه يجب أن يكون ذلك القرار مسببًا، أما إذا سكتت الجهة الإدارية حتى انقضت مدة التسعين يوما، فإن مضى هذه المدة لا يفسر لمصلحة صاحب الشأن، وإنما يعتبر ذلك بمثابة قرار برفض التظلم.

معنى ذلك انه إذا كان التظلم من القرار الإدارى، أمرًا ضروريًا، قبل رفع دعوى الإلغاء أمام ديوان المظالم، فإنه لا يجوز لصاحب المصلحة أن يرفع دعواه قبل هذا التظلم وإلا كانت دعواه غير مقبولة، كما انه من حق الجهة الإدارية أن تصدر أو الا تصدر قرارا إيجابيا خلال مدة الستين يوما فى هذا التظلم، فإن لم تصدر قرارا حتى انقضت المدة فإنها تعتبر قد أصدرت قرارا سلبيا بالرفض يفتح الباب ـ كقرار الرفض الصريح ـ أمام صاحب الشأن لرفع دعواه أمام ديوان المظالم.

ولكى تبت الجهة الإدارية فى التظلم فإنه يجب أن يكون قد وصل إليها خلال الميعاد القانونى، أى خلال الستين يوما المشار إليها، فإن كان قد وصل إليها بعد هذا الميعاد لا تكون الجهة الإدارية ملزمة بأى حال من الأحول بالرد على التظلم لأنه ليس هناك تظلم من وجهة النظر النظامية، ولذا فإن مُضى تسعين يوما فى هذه الحالة لا يعنى إطلاقا انه قد صدر قرار برفض التظلم طالما أنه ليس هناك تظلم.

وسنرى لاحقا أنه لا يجوز، على خلاف الحال فى دول أخرى، رفع دعوى الإلغاء قبل مضى مدة التسعين يوما المشار إليها.

ولا يعتد بالتظلم إذا لم يكن للمتظلم مصلحة فى إلغاء القرار المتظلم منه، أو إذا لم يكن القرار الإدارى المتظلم منه نهائيا، أو إذا لم يقدم التظلم للجهة الإدارية التى أصدرته، أو إذا كان التظلم غامضا غير مفصح عن الغرض منه، أو إذا قدم بعد الميعاد كما تقدم، ففى كل هذه الأحوال لا يكون هناك تظلم، وبالتالى لا تكون الجهة الإدارية ملزمة بالبت فيه خلال التسعين يوما أو خلال أى مدة أخرى، وانقضاء التسعين يوما لا يعتبر قرارًا صادرا برفض التظلم.

ويلاحظ أن الجهة الإدارية إذا أصدرت قرارها بالرفض كان عليها أن تسبب ذلك القرار.

ثالثا : رفع الدعوى خلال ستين يوما وذلك على تفصيل

الخطوة الثالثة من مراحل رفع الدعوى أمام ديوان المظالم هى رفع الدعوى فعلا أمام الديوان، خلال مدة ستين يوما، ولكن بدء هذه المدة يختلف بحسب ما إذا كانت الدعوى متعلقة بشأن من شئون الخدمة المدنية أم غير متعلقة بها.

١ ـ **فإن كانت الدعوى غير متعلقة بشئون الخدمة المدنية**، فإن صاحب الشأن يكون ملزما برفعها إلى ديوان المظالم خلال ستين يوما من تاريخ علمه بالقرار الصادر برفض تظلمه إن كان قد صدر قرار خلال التسعين يوما التى يناط بالجهة الإدارية البت بالتظلم خلالها، أو من تاريخ انقضاء مدة التسعين يوما كاملة، إذا لم تبت الجهة الإدارية فى التظلم المقدم لها.

٢ ـ **وإن كانت الدعوى متعلقة بشئون الخدمة المدنية**، فإنه لا يجوز لصاحب الشأن رفعها إلى ديوان المظالم إلا بعد أن يتظلم إلى الديوان العام للخدمة المدنية (بعد التظلم للجهة الإدارية) وذلك خلال ستين يوما من تاريخ العلم بالقرار الذى أصدرته الجهة الإدارية برفض التظلم إن كان قد صدر قرار بالرفض، أو من تاريخ انقضاء مدة التسعين يوما المحددة للجهة الإدارية إذا لم تقم تلك الجهة خلالها بالبت فى التظلم:

أ ـ **واجب الديوان العام للخدمة المدنية بالبت فى التظلم خلال ستين يوما وإلا** جاز رفع الدعوى لديوان المظالم: فإذا كان الأمر متعلقا بشئون الخدمة المدنية على ما تقدم، وتم التظلم له فى الميعاد، كان عليه أن يبت فى التظلم المرفوع له خلال ستين يوما من تاريخ تقديمه له، فإذا رفض الديوان العام للخدمة المدنية التظلم، أو سكت ولم يبت فى التظلم خلال تلك المدة، فقد انفتح الباب أمام صاحب الشأن

لرفع دعواه إلى ديوان المظالم خلال تسعين يوما من تاريخ العلم بقرار الرفض أو من تاريخ انقضاء مدة الستين يوما دون بت فى التظلم، ولا شك أنه يلزم أن يكون قرار الديوان العام للخدمة المدنية برفض التظلم مسببا.

ب ـ جواز رفع دعوى تنفيذ الحق الذى أقره ديوان المظالم:

إذا قرر الديوان العام للخدمة المدنية قبول التظلم شكلا لرفعه فى الميعاد وفى الموضوع بأحقية المتظلم فى الحق الذى تظلم من أجله، وبإلغاء القرار المتظلم منه، ولم تنفذ الجهة الإدارية قرار الديوان العام للخدمة المدنية خلال ثلاثين يوما من تاريخ إبلاغ ذلك القرار، جاز لصاحب الشأن رفع دعوى إلى ديوان المظالم خلال الستين يوما التالية لهذه المدة.

المبحث الرابع

قواعد وإجراءات دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية

النص النظامى :

نصت المادة الرابعة من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم على أنه:

«فيما لم يرد به نص خاص لا تسمع الدعاوى المنصوص عليها فى الفقرتين (ج،د) من المادة الثامنة من نظام ديوان المظالم بعد مضى خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به ما لم يكن ثمة عذر شرعى حال دون رفع الدعوى يثبت لدى الدائرة المختصة بالديوان، وبالنسبة إلى الحقوق التى نشأت قبل نفاذ هذه اللائحة فتبدأ المدة المحددة لسماع الدعاوى بها من تاريخ نفاذها».

وتحليل هذا النص يقتضى التعرض أولا للدعاوى المنصوص عليها فى الفقرتين ج،د من المادة الثامنة من ديوان المظالم، ثم للمسائل الإجرائية التى يلزم مراعاتها قبل سماع تلك الدعاوى، ونبحث هاتين المسألتين فى مطلبين.

المطلب الأول : دعاوى التعويض ودعاوى المنازعة فى العقود الادارية

تنص المادة الثامنة ١ ـ ج/د من نظام ديوان المظالم على أن يختص الديوان بالفصل فى (ج): دعاوى التعويض الموجهة من ذوى الشأن إلى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة بسبب أعمالها.

(د) الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها.

ونعرض فيما يلى لفكرة دعاوى التعويض[٤٠]، ودعاوى المنازعة فى العقود الإدارية.

أولا : دعاوى التعويض:

إذا كانت دعوى الإلغاء تستهدف إعدام القرار المعيب، فإن دعوى التعويض لها هدف أساسى هو «إصلاح الضرر الناشئ عن تصرف الإدارة نتيجة الاعتداء على حق شخصى»[٤١] أو مساس بمركز قانونى معين، ومعنى ذلك أنه إذا صدر عن الإدارة عمل تجسد فى شكل اعتداء ، على حق من الحقوق الشخصية، وأصاب ذلك الشخص ضرر من جراء ذلك العمل فإنه يحق له نظاما أن يرفع دعوى تعويض أمام ديوان المظالم لكى يحصل على تعويض عادل يجبر ما لحقه من أضرار.

ويلاحظ فى هذا الصدد أن الحقوق الوظيفية التى يستمدها الموظف أو المستخدم من النظام أو القانون مباشرة، بحيث تكون سلطة الإدارة مقيدة بشأنها، فإنها تعد من قبيل دعاوى القضاء الكامل، فيمكنه رفع دعوى تعويض بشأنها، ومثلها حقوق الموظف فى المرتب أو المعاش أو المكافأة[٤٢]، أما حقوق الموظف أو المستخدم التى لا يستمدها من النظام مباشرة، وإنما تنشأ له بمقتضى قرار إدارى تتمتع فيه الإدارة بسلطة تقديرية واسعة فإنها تندرج فى إطار دعاوى الإلغاء لا التعويض.

وعلة هذه التفرقة أن موضوع دعوى الإلغاء هو قرار إدارى غير مشروع كما تقدم فدعوى الإلغاء دعوى موضوعية يخاصم فيها قرار إدارى، أما موضوع دعوى التعويض فهو طلب تعويض عادل لجبر ضرر، وتكون الخصومة فيه بين رافع الدعوى وبين الإدارة ولذا فرافع دعوى التعويض يجب أن يكون صاحب حق. أما رافع دعوى الإلغاء فيكفى أن يكون صاحب مصلحة[٤٣]، ودعوى الإلغاء ينحصر دور القاضى فيها فى إلغاء القرار الإدارى كليا أو جزئيا بحسب مدى عدم المشروعية الذى لحقه، أما دعوى التعويض فيشمل ليس فقط تعويض المضرور من القرار وإنما أيضا تعديل ذلك القرار وتحديد حقوق المضرور فى مواجهة الإدارة، ويحوز حكم الإلغاء حجية مطلقة فى مواجهة الكافة، أما حكم التعويض فيقتصر أثره على أطراف النزاع، كذلك فإن المنازعات التى تدخل فى نطاق دعوى الإلغاء تختلف عن المنازعات التى تنتمى إلى دعوى التعويض.

أساس اختصاص ديوان المظالم بنظر دعوى التعويض :

يتحدد اختصاص ديوان المظالم بنظر دعوى التعويض على أساس امور ثلاثة وهى فى ضوء نص المادة ١/٨ج والقواعد العامة المتقدمة تتمثل فى:

أ ـ رفع الدعوى من ذى شأن اى من ذى مصلحة :

يقول نص المادة ١/٨ : إن دعوى التعويض ترفع من ذوى الشأن ويقصد بهم أصحاب المصلحة فى رفع الدعوى، أى الأشخاص الذى يتوافرون على حق تم الاعتداء عليه، كموظف يفصل من عمله دون وجه حق، أو شخص نزعت ملكيته من أجل المصلحة العامة ولكن دون أن ينال تعويضا، أو ينال تعويضا دون أن يكون هذا التعويض عادلا، كما تتوافر المصلحة فى حالة «مصادرة مال ... دون سند قانونى»[٤٤] أو سجن الموظف أو إيقافه دون سبب، كذلك يعتبر الشخص ذا مصلحة فى رفع دعوى التعويض إذا كان قد أضير من جراء أى تصرف غير مقصود من الإدارة طالما ترتب عليه ضرر، حتى ولو كان ذلك التصرف مشروعا.

والرأى الغالب أن شرط الصفة يندمج فى شرط المصلحة فى دعوى الإلغاء، ونعتقد أن الصفة شرط ضرورى مستقل عن شرط المصلحة فى دعوى التعويض، لا سيما وأن الصفة فى دعوى التعويض تعنى الاستناد إلى حق منتهك وليست فقط مجرد مصلحة شخصية مباشرة كما فى دعوى الإلغاء[٤٥].

ب ـ أن توجه الدعوى إلى الحكومة والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة:

قطعت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم كل شك حول مدى استقلال دعوى التعويض ووجودها كدعوى قائمة بذاتها، فقد فصلت المسائل الإجرائية المتعلقة بالدعاوى المختلفة التى ترفع أمام ديوان المظالم ولذا فإن دعوى التعويض لا ترفع إلى الحكومة كما قد يتصور، وإنما ترفع إلى ديوان المظالم كدعوى مستقلة وقائمة بذاتها، وتوجه فقط ضد الحكومة كخصم شريف والأشخاص ذوى الشخصية العامة المستقلة.

جـ ـ أن يكون رفع الدعوى لجبر ضرر نجم بسبب اعمال الإدارة :

لا يكفى لتوافر أركان دعوى التعويض، استجماعها كافة شروطها ومنها وجود عمل من أعمال الإدارة ووجود ضرر، وإنما يجب أن يرتبط الضرر بالعمل الصادر عن الإدارة ارتباط علّية، فإذا انتفت علاقة السببية بين عمل الإدارة وبين الضرر انتفت المسئولية، يستوى بعد هذا أن يكون عمل الإدارة ماديا كشق طريق أو إنشاء جسر، أو قانونيا كقرار إدارى فردى أو لائحى طالما ترتب على هذا أو ذاك ضرر بذى الشأن.

ـ حالات يمكن طلب التعويض فيها:

وليس هذا مجال عرض تفصيلى لحالات إمكان طلب التعويض، ولكن من المسلم به أن التعويض قد يطلب على أساس الخطأ، أو على أساس المخاطر، أو على أساس عدم اتخاذ الإدارة قرارا إداريا أو تراخيها فى اتخاذه حتى حدث الضرر، أو تعجلها فى اتخاذ القرار الإدارى أو اتخاذها قرارا غير مشروع(٤٦)، ولن تثور فى المملكة فكرة طلب التعويض فى حالة امتناع الإدارة عن تنفيذ حكم قضائى لأن اللائحة أباحت للأفراد أن يرفعوا دعاوى بطلب تنفيذ القرارات الصادرة بأحقيتهم على ما تقدم.

ثانيا : العقود الادارية

نصت الفقرة د من المادة ١/٨ من نظام ديوان المظالم على اختصاص ديوان المظالم بالفصل فى الدعاوى المقدمة من ذوى الشأن فى المنازعات المتعلقة بالعقود التى تكون الحكومة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة طرفا فيها.

ومعنى ذلك أن كافة **«عقود الإدارة دون استثناء وما ينشأ عنها من خصومات تدخل فى ولاية الديوان»**(٤٧).

ويمكن الاسترشاد فى تعريف العقد الإدارى بتعريف المحكمة الإدارية العليا(٤٨) فى مصر له بأنه: **«العقد الذى يبرمه شخص معنوى من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته فى الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمن العقد شرطا أو شروطا غير مألوفة فى عقود القانون الخاص»**.

فالعقد الإدارى الذى يختص ديوان المظالم بنظر المنازعات المتعلقة به تبرمه الإدارة بما لها من امتيازات السلطة العامة. والعقد الإدارى بهذه المثابة ليس قرارا إداريا وإنما هو توافق إرادة الإدارة مع إرادة أخرى، ولذا يكون الطعن عليه ليس بدعوى الإلغاء وإنما بدعوى القضاء الكامل وهذا أمر متفق عليه فى فرنسا ومصر.

والعقود الإدارية أو عقود الإدارة قد تكون عقودا إدارية بتحديد النظام، ومثلها عقود الأشغال العامة، وعقد التوريد، وقد تكون عقودًا إدارية بطبيعتها(٤٩) ذلك أن الأنظمة لا يمكن أن تحدد كافة العقود الإدارية ولذا يتحدد العقد الإدارى من خلال كون الإدارة طرفا فيه، واتصال العقد بنشاط مرفق عام أو سيره، واتجاه نية المتعاقدين إلى الأخذ بأساليب القانون العام فى تنفيذ العقد.

المطلب الثاني:

عدم سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الادارية بعد مضي خمس سنوات :

الجـانب الإجرائي المتعلق بدعوى التعويض والدعاوى المتعلقة بالمنازعات التى تثور بشأن عقود الإدارة، يتعلق بعدم تأبيد هذه الدعاوى، فهى ليست سيفا مستمرا مسلّطا على أعمال الإدارة المادية والقانونية أو النظامية، ولكن هذه الدعاوى تتقادم ككل الحقوق، فى كافة الدول، حتى تستقر المراكز النظامية ولا تظل الحقوق عرضة للقلقلة، ولم تشأ لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم أن تستخدم لفظ التقادم وإن استعادت التعبـير الإسـلامى وهـو عدم سمـاع الدعوى، فيما لم يرد به نص خاص فإن دعاوى التعويض والدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية لا تسمع إذا مضت خمسة أعوام من تاريخ نشوء الحق المدعى به كقاعدة عامة. ولكن احتساب هذه المدة، ومدى ورود استثناء على هذه القاعدة يخضع لتفصيل، فقد ميزت المادة الرابعة من اللائحة المذكورة بين الحقوق التى نشأت قبل نفاذ اللائحة والحقوق التى نشأت بعد نفاذ اللائحة.

أولا : عدم سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الادارية التى نشأ الحق فيها بعد نفاذ اللائحة

القاعدة العامة :

القاعدة العامة بشأن مدى سماع دعاوى التعويض ومنازعات العقود الإدارية التى نشأ الحق فيها بعد نفاذ لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، هى أن هذه الدعاوى لا تسمع بعد مضى خمس سنوات من تاريخ نشوء الحق المدعى به.

والمقصـود ليس تاريخ الصدور وإنما تاريخ نفاذ اللائحة أو العمل بها، أى أن المدة تحتسب ابتداء من ٦ من المحرم ١٤١٠هـ لمن نشأ حقه فى إقامة الدعوى فى ذلك اليوم، ومن نشأ حقه فى أول شهر صفر ١٤١٠هـ بدأت مدة عدم السماع وهى خمس السنوات من ذلك التاريخ، أى أن صاحب الشأن يحق له رفع دعواه حتى نهاية شهر المحرم ١٤١٥هـ وهكذا.

الاستثناء :

ومراعاة من اللائحة لكافة مقتضيات قواعد العدالة فإن الدعوى تسمع مهما كان تاريخ نشـوء الحق فى رفعها إذا أثبت صاحب الشأن أن لديه عذرا شرعيا حال بينه وبين رفع الدعوى، ويتعين على صاحب الشأن أن يثبت ذلك العذر للدائرة المختصة بديوان المظالم.

ثانيا : الحقوق التى نشأت قبل نفاذ اللائحة

من المتصور أن يكون أى شخص قد لحقه ضرر من جراء عمل مادى من الإدارة أو من جراء تنفيذ عقد إدارى، ويكون الحق فى رفع الدعوى، قد نشأ قبل صدور هذه اللائحة ببضع سنوات، وعندئذ رأت اللائحة إسقاط هذه المدة كاملة فلا تحتسب ضمن مدة عدم السماع وإنما يبدأ احتساب المدة المحددة لسماع الدعوى من تاريخ نفاذ اللائحة، وهى خمسة أعوام كاملة اعتبارا من ٦ محرم ١٤١٠هـ.

المبحث الخامس
تحديد موعد لنظر الدعوى وإبلاغ أطرافها والجهات المعنية بها

تنص المادة الخامسة من اللائحة على أنه :

«على رئيس الدائرة حال ورود القضية إليه أن يحدد موعدًا لنظرها يبلغ به أطراف الدعوى وكلا من وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة ويجب ألا تقل الفترة بين الإبلاغ وتاريخ الجلسة عن ثلاثين يوما.

كما يبلغ الديوان العام للخدمة المدنية أيضا إذا كانت الدعوى من الدعاوى المتعلقة بشؤون الخدمة المدنية المشار إليها فى المادتين الثانية والثالثة من هذه القواعد.

ولكل من وزارة المالية والاقتصاد الوطنى، وديوان المراقبة العامة، والديوان العام للخدمة المدنية بحسب الحال أن ترسل خلال هذه المدة وجهة نظرها إلى ديوان المظالم أو أن تطلب الاشتراك فى المرافعة. وفى هذه الحالة يتعين التنسيق مع الجهة الحكومية الطرف فى الدعوى».

وهذه المادة تضع الأصول الإجرائية الآتية:

١- قيام رئيس الدائرة بتحديد موعد لنظر الدعوى بعد ثلاثين يوما على الأقل:

من المعلوم أن رئيس ديوان المظالم أو من ينيبه يقوم بإحالة الدعوى إلى الدائرة المختصة، فإذا تمت الإحالة، ووردت القضية إلى رئيس الدائرة، كان عليه بمجرد ورودها، أى حال ورودها، أن يحدد موعدًا لنظر هذه الدعوى، أى أنه يحدد موعدا لنظر هذه الدعوى بعد ثلاثين يوما على الأقل، وذلك لكى يتمكن من إبلاغ الجهات المراد إبلاغها قبل تاريخها بثلاثين يوما.

٢ - إبلاغ أطراف الدعوى والوزارات أو الجهات المعنية قبل ثلاثين يوما من نظر الدعوى:

يقوم رئيس الدائرة ليس فقط بتحديد جلسة لنظر الدعوى بل يقوم أيضا بالأمر بإبلاغ أطراف الدعوى بتاريخ الجلسة المحددة لنظرها، كما يبلغ وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة، كما يبلغ الديوان العام للخدمة المدنية إذا تعلق الأمر بدعوى بشأن حق من الحقوق المقررة فى نظام الخدمة المدنية .. أو الطعن فى قرار إدارى.

ويجب أن يتم هذا الإبلاغ قبل تاريخ الجلسة بثلاثين يوما، فإذا تيقن رئيس الدائرة من حدوث الإبلاغ فى نفس اليوم حدد جلسة بعد ثلاثين يوما، وإذا كان الإبلاغ يستغرق سبعة أيام مثلا حدد جلسة بعد سبعة وثلاثين يوما وهكذا، ويحسن أن يكون الميعاد شهرين لكى يتم الإبلاغ بصفة يقينية خلال شهر، ولكن هذه ليست قاعدة فالإبلاغ يمكن أن يتم بين ساعة وأخرى وعندئذ يكفى ثلاثون يوما بعد ذلك ليستعد فيها ذوو الشأن لنظر الدعوى، وإعداد ما عساهم أن يستعدوا به من مستندات أو أوجه دفاع أو دفوع، لمصلحة الجهة الحكومية التى تكون طرفا فى الدعوى.

ولا شك أنه يحق لوزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة والديوان العام للخدمة المدنية، أن يرسلوا خلال هذه المدة وجهة نظرهم إلى ديوان المظالم أيا كانت وجهة النظر تلك، ولكل منهم، بحسب الأحوال أن يطلب الاشتراك فى المرافعة، وفى هذه الحالة يستلزم الأمر نوعا من التنسيق بين الجهة التى ستشترك فى المرافعة وبين الجهة الحكومية الطرف فى الدعوى.

الفصل الثانى
النظر فى الدعوى الادارية
والحكم فيها وطرق الاعتراض على الأحكام

نعرض فى مبحث أول لقواعد النظر فى الدعوى، وفى مبحث ثان للحكم فيها وفى مبحث ثالث لطرق الاعتراض على الأحكام

المبحث الأول
النظر فى الدعوى الادارية

أولا : مقدمات :

ـ تشكيل الدائرة :

بعد إحالة الدعوى الإدارية إلى الدائرة المختصة، وتحضيرها، تبدأ تلك الدائرة بنظرها، والأصل أن الدائرة تشكل من رئيس وعضوين، ولكن اللائحة أجازت لرئيس الديوان، حسب سلطته التقديرية، أن يشكل دوائر فرعية من عضو واحد فقط، لكى تنظر الدعاوى اليسيرة، وذلك فى ضوء القواعد التى تنطوى عليها اللائحة التى يصدرها رئيس الديوان لتحديد تلك الدعاوى اليسيرة[٥٠].

وإذا كانت الدائرة مشكلة من رئيس وعضوين، فإن جلساتها لا تصح إلا بحضورهم جميعا، فهذا هو مقتضى نظام تعدد القضاة وهو ما استلزمته صراحة المادة الخامسة عشرة من هذه القواعد، ويحدث عملا ألا يتوافر العدد اللازم من الأعضاء، وعندئذ، يلزم، ندب من يكمل نصاب النظر فى الدعوى[٥١].

ـ علانية الجلسات :

وتعقد الدائرة جلستها بصورة علنية، بحيث يكون لكل إنسان، من حيث الأصل، حق حضورها، وقد أكدت القواعد مبدأ علانية الجلسات، ولكن هذا المبدأ ليس على إطلاقه، فللدائرة أن تجعل الجلسات سرية ، مراعاة للآداب أو محافظة على النظام العام ولكن السرية تقتصر على نظر الدعوى، أما النطق بالحكم فيحصل دائما فى جلسة علنية.

ويرتبط بمبدأ علانية الجلسات أمام الدوائر المختصة بنظر الدعاوى الإدارية، مبدأ آخر يستخلص ضمنا من المادة الحادية والعشرين من هذه القواعد، وهو مبدأ شفوية المرافعات،

فطالما أن لكل دائرة أمين سر، (أو كاتبًا) يُناط به تحت إشراف رئيس الدائرة عملية تدوين جميع الإجراءات التى تتم فى الجلسة فى محضر، فلازم ذلك أن تكون من بين هذه الإجراءات إجراءات شفوية، فالكاتب أو أمين السر، لا يسجل فقط أسماء أعضاء الدائرة الذين حضروا الجلسة وزمان ومكان انعقادها، ومن حضر من الخصوم ووكلائهم، بل يسجل ايضا كافة الإجراءات التى تتم فى الجلسة، وكذلك الشهادات التى يدلى بها الشهود، واقوال أطراف الدعوى، والطلبات التى يبدونها، ونبذة موجزة تتضمن ملخص الدفاع الذى دافعوا به عن حقوقهم، وقد استلزم ذلك النص قيام أعضاء (أو عضو) الدائرة وأمين السر وأطراف الدعوى بتوقيع ذلك المحضر، تأكيدًا لسلامة استخلاص ما تم من مرافعات شفوية مكملة للمرافعات الكتابية المدونة فى المذكرات مثلا.

- ضبط الجلسة :

لرئيس الدائرة وفقا للمادة السادسة عشرة من هذه القواعد صلاحيات واسعة من أجل ضبط الجلسة وحفظ نظامها، فله أن يخرج من يخل بالنظام من قاعة الجلسة، بل والحكم بحبسه أربعا وعشرين ساعة، أو بتغريمه مائتى ريال، إن هو تمادى فى الإخلال بنظام الجلسة، بيد أن الدائرة إن وجدت أن النظام قد عاد، وأن الهدوء قد استتب، فإنها تستطيع أن ترجع عن الحكم الذى أصدرته وذلك إلى ما قبل انتهاء الجلسة(٥٢).

كذلك يحق لرئيس الدائرة أن يأمر بمحو العبارات التى يقدر أنها جارحة أو مخالفة للآداب أو النظام العام،يستوى أن تكون هذه العبارات مما سبق قلم أمين سر الجلسة إلى إثباته فور سماعه إياهأ من أحد الأطراف، أو أن تكون قد وردت بمذكرة قدمت إلى الدائرة.

وفى النهاية يجوز لرئيس الدائرة أن يأمر أمين سر الدائرة بتحرير محضر يتضمن ما عساه أن يكون قد وقع من مخالفات أو جرائم أثناء انعقاد الجلسة، وله عند الاقتضاء أن يأمر بالقبض على من اقترف تلك الأفعال.

ثانيا : الحضور والغياب :

ضبطت المادة التاسعة عشرة من هذه القواعد أحكام حضور الخصوم أو من ينوب عنهم فى الدعوى الإدارية، وأكملت الفقرة الأولى من المادة العشرين هذه الأحكام ونحلل هذه الأحكام فيما يلى:

- حق الخصوم أو من ينوب عنهم فى الحضور :

يحق للخصم أن يحضر الجلسة بنفسه، أو أن ينيب عنه غيره، فقد اعترفت قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم بفكرة تمثيل الخصوم، ولذا فإنه بإمكان أى منهم

الحضور فى اليوم المعين لنظر الجلسة، لتقديم أوراق أو مذكرات أو يبدى أقوالا يرى أنها كفيلة بإظهار وجه الحق فى دعواه أو دعوى موكله أو من يمثله. أو من يباشر الدعوى بدلا منه.

١ ـ حكم عدم حضور المدعى(٥٣).

المدعى ليس مجبرا على الحضور، فحضوره تقرر لمصلحته، فإن وجد مصلحته فى غير ذلك، فله عدم الحضور مع تحمل النتائج المترتبة على غيابه؛ فالحضور عبء إجرائى، ولكن عدم الحضور يمكن أن يفوت على المدعى المصلحة التى يمكن أن تتحقق من وراء حضوره ويباح للمدعى الذى لم يتمكن من الحضور، أن يقدم للدائرة عذرًا مقبولا، قبل موعد الجلسة، سواء عن طريق خطاب أو برقية أو عن طريق النشر إن اطلعت الدائرة على عذره.

فإذا لم يحضر المدعى، ولم يقدم إلى الدائرة عذرًا تقبله، فإنه يجوز للدائرة فى هذه الحالة أن تلجأ إلى أحد خيارين:

الخيار الأول : هو الفصل فى الدعوى بحالتها، أى الفصل فيها بحسب الحالة التى تكون عليها فى تلك الجلسة، سواء كانت دعوى مطالبات بحقوق ناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد، أو دعوى إلغاء أو دعوى تعويض أو دعوى منازعة فى عقد إدارى، فيتم الاكتفاء بالطلبات والأقوال والأدلة الواردة فيها، فإذا رأت الدائرة أنها كافية لإثبات حقوقه حكمت لمصلحته، وهذا أمر محتمل، وإن وجدت بأنها غير كافية لإثبات حقوقه حكمت ضده، وهذا أمر قد يكون أكثر احتمالا، لا سيما إذا كان الطرف الآخر قد قدم من أدلة الثبوت المضادة، أو أدلة النفى، ما يدحض طلبات المدعى الغائب، ولكن الحكم فى الدعوى بحالتها وإن كان خيارًا ثابتا للدائرة، إلا أنه خيار مشروط بطلب المدعى عليه.

الخيار الثانى : هو شطب الدعوى :

كذلك يحق للدائرة فى حالة عدم حضور المدعى، بدل الحكم بحالتها بناء على طلب المدعى عليه، أن تقوم بشطب الدعوى، والشطب يفتح الباب أمام المدعى، بعد ذلك، لكى يطلب من الدائرة النظر فيها من جديد، وفى هذه الحالة، تقوم الدائرة بتحديد موعد لنظر الدعوى، وتقوم الدائرة أيضًا، وليس المدعى، بتبليغ المدعى عليه، بهذا الموعد، حيث يتم نظر الدعوى.

ـ حكم عدم حضور المدعى للمرة الثانية :

إذا غاب المدعى للمرة الأولى فشطبت الدائرة الدعوى، وطلب المدعى من الدائرة النظر فيها فاستجابت لطلبه وحددت موعدًا لنظرها، ثم غاب المدعى ثانية، فإنه يحق له أن يقدم

عذرا تقبله الدائرة، حتى يمكن تأجيل سماع الدعوى لجلسة تالية، وقد يكون هذا العذر هو نفس العذر الأول إن كان لا زال قائما أو عذرًا آخر مقبولا، فإن لم يقدم أى عذر، أو قدم عذرًا لم تقبله الدائـرة، فإنـه يتـرتب على ذلك أثر إجرائى هام، هو قيام الدائرة بشطب الدعـوى، وهذا الشطب للمرة الثانية يستتبع بدوره أثرا إجرائيا آخر، هو أن الدائرة لا يمكنها بعد ذلك سماع تلك الدعوى، إلا إذا صدر قرار بذلك من هيئة التدقيق مجتمعة.

ويثور فى هذا الصدد سؤال يتعلق بكيفية اتصال علم هيئة التدقيق بالواقعة وإصدارها قرارا بشأنه. وفى هذا الصدد يمكن تصور **أحد فروض ثلاثة، أولها** تقدم المدعى بطلب لرئيس ديوان المظالم يبدى فيه عذره، أو يلتمس فيه إعادة النظر فى عذره الذى لم تقبله الدائـرة، فيحيـل رئيس الديـوان الأمر إلى هيئة التدقيق لتقول كلمتها فيه إن وجد ذلك منـاسبا. وهذا هو الفرض النظامى. **وثانيها**: أن يتقدم المدعى مباشرة بطلب إلى رئيس الدائرة يلتمس فيه رفع الأمر لهيئة التدقيق لتقول كلمتها فيه ويكون على الدائرة فى هذه الحالة أن ترفع الأمر لرئيس ديوان المظالم لكى يقدر جدوى عرض الأمر على هيئة التدقيق كذلك، فإن وجد أن الأمر يحتمل القبول أحاله إلى هيئة التدقيق،وإن وجد أن المدعى يماطل ويُسَوِّف لاعتبارات تؤثر فى مجريات العدالة كان له أن يؤشر بحفظ الطلب. **والفرض الثالث** هو تقدم صاحب الشأن، أى المدعى، إلى هيئة التدقيق مباشرة بالتماس للنظر فى إمكانية تحديد جلسة لسماع دعواه، ونرى أنه لا يجوز اللجوء إلى هذا الفرض إلا فى أضيق نطاق، لأنه يفتات على السلطة التقديرية لرئيس الديوان فى هذا الصدد، وعندما يتم اللجوء إليه لعذر قهرى، فيجب على هيئة التدقيق أن ترفع الأمر لرئيس الديوان لاتخاذ ما يراه مناسبا بشأنه.

فإذا عرض الأمر على هيئة التدقيق فإن الدعوى لا تسمع بعد ذلك، كما يقرره عجز الفقرة الأولى من المادة الثامنة عشرة من هذه القواعد إلا إذا قررت ذلك «هيئة التدقيق مجتمعة»، ومعنى ذلك أن قرار هيئة التدقيق بسماع الدعوى لا بد أن يتخذ بالإجماع لا بأغلبية آراء أعضاء الهيئة.

ويـلاحـظ، فى ضوء المادة العشرين من هذه القواعد، أن ما تقدم من إجراءات منوط بحالات عدم حضور المدعى نهائيا فى أى جلسة من الجلسات، أما إذا كان المدعى قد حضر أى جلسـة من جلسـات نظر أو سمـاع الدعوى الإدارية، أمام الدائرة المختصة، فإن الخصومة تعتبر حضورية فى حقه، حتى وإن تخلف عن حضور باقى الجلسات.

٢ ـ حكم عدم حضور المدعى عليه[٥٤] :

لا يثير عدم حضور المدعى عليه، فى الدعاوى الإدارية، أى صعوبات إجرائية، لأن المدعى عليه، فى تلك الدعاوى، يكون فى العادة، بالغ الحرص، وشديد الاهتمام بالحضور، حتى لا يتحمل تبعة الحكم، ومع ذلك فإن القواعد راعت ظروف المدعى عليه وقضت الفقرة الثانية من المادة الثامنة عشرة بحكم مؤداه، أنه إذا لم يحضر المدعى عليه فى الجلسة التى ابلغ بضرورة حضورها، فإنه يجب على الدائرة فى هذه الحالة أن تؤجل نظر الدعوى إلى جلسة تالية، ويجب فى هذه الحالة أيضًا إعلان المدعى عليه بموعد الجلسة، فإذا تخلف المدعى عليه، فإنه لا يكون أمام الدائرة إلا أن تفصل فى الدعوى، ويعتبر الحكم الصادر فى الدعوى حضوريا فى كافة الأحوال.

وأما إذا كان المدعى عليه قد حضر فى أى جلسة من جلسات نظر الدعوى الإدارية، فإن الخصومة تعتبر حضورية فى حقه، شأنه شأن المدعى، حتى وإن تخلف فى جلسات لاحقة، وهذا هو أيضًا مقتضى إعمال المادة العشرين فقرة أولى من هذه القواعد.

المبحث الثانى
الحكم فى الدعوى الادارية

يثير الحكم فى الدعوى مشكلات علمية وعملية بالغة الأهمية، سواء من حيث المبادئ العامة، أو قواعد الإثبات فى مجال الدعوى الإدارية، أو فى مجال صياغة الحكم ذاته ونقتصر فى هذا الصدد على أمهات المشكلات، حيث لا يتسع المقام، الآن، لبسط هذا الموضوع، ونتناول، كل جزئية من الجزئيات الثلاثة السابقة فى مطلب مستقل، فى ضوء قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

المطلب الأول : المبادى العامة للحكم فى الدعوى الادارية :

١ ـ تعريف :

الحكم كما يقول الفقهاء هو «تبيين الحكم الشرعى، والإلزام به ....»[٥٥] بمقتضى قول ملزم صادر عن ولاية عامة[٥٦]، بعد الترافع[٥٧].

وهذا المفهوم الإسلامى كاف تماما لتحديد طبيعة الحكم الصادر عن دوائر ديوان المظالم وغيرها، وهو يفصح عن خصيصة هامة من خصائص القضاء فى الدعاوى الإدارية، وهى

خصيصة هيمنة القضاء الإدارى هيمنة كاملة، على الإجراءات الإدارية، انطلاقا من أن الحكم صادر عن ولاية عامة، وإعمالا للنصوص ذاتها، لأن مؤدى المادة الثالثة والعشرين من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، أن الدائرة إذا رأت أثناء المرافعة، أن هناك ضرورة لمباشرة إجراء معين من إجراءات الإثبات كالمعاينة، أو التحقيق التكميلى، كان لها أن تقوم بذلك الإجراء بنفسها، أو أن تندب لذلك عضوا من أعضائها، إذا كانت مشكلة من أكثر من عضو، كما أنه يحق للدائرة استظهار وجه الحق فى الدعوى بطلب سماع من ترى لزوما لسماعه فليس ذلك وقفا على الدعاوى التأديبية أو الجزائية. كما يحق للدائرة أن تستعين بالخبرة على ما بينته المادة الرابعة والعشرون من تلك القواعد.

وبهـذه السمة، يمتاز القضاء الإدارى عما سواه، فالقاضى هو الذى يوجه إجراءات التقاضى وليس الخصوم، وهذا التوجيه يمنح الدائرة دورًا إيجابيا يمكن من خلاله جلاء وجـه الحق فى الدعوى، حتى إذا ما وجدتها صالحة للفصل فيها، استنادا إلى سلطتها التقديرية المبنية على سمة قدرتها فى توجيه الإجراءات الإدارية كان له أن يصدر حكمه العادل بمنأى عن كل موجبات إطالة أمد التقاضى وفقا للقواعد الإجرائية العامة.

ولا شك أن القاضى الإدارى يقدم حكما أقرب ما يكون إلى الحقيقة فى غالب الأحيان، لأن النصوص لا تتنافى مع حق الدائرة فى تكوين عقيدتها، من خلال شفوية المرافعات، ثم من خلال محضر الجلسـة المكتـوب الذى يحـرره أمـين سر الدائـرة، وكـذلك المذكرات والمستندات، ولا شك أن البساطة فى الإجراءات والاقتصاد فى مجريات الدعوى، ينتجان حكما عادلا من خلال عدالة قضائية إدارية ناجزة، ذات حلول صائبة(٥٨).

٢ ـ المداولة :

من سمات الأحكام كافةً، صدورها عقب مداولات، تتم بين أعضاء الدائرة، ويتحقق المعنى ذاته حتى وإن كانت الدائرة مشكلة من عضو واحد، فالمداولة هى تشاور بين أعضاء الدائرة، وتبادل للرأى، بغية الوصول إلى رأى نهائى يتم إصداره فى صورة منطوق للحكم، ولازم ذلك أن تكون المداولة بين أكثر من عضو.

ولكن المداولة أيضًا تفكير هادئ، ورغبة فى ترجيح الرأى الصائب، وهذان أمران يمكن أن يصدرا عن عضو واحد(٥٩)، ولذا يحق لرئيس الدائرة المشكلة من عضو واحد أن يعلن عقب انتهاء المرافعة، رفع الجلسة على أن يصدر الحكم بعد المداولة.

ويترتب على هذا أنه فى خلال فترة المداولة لا يجوز سماع أحد أطراف الدعوى الإدارية أو من يمثله، إلا إذا تم ذلك فى حضور الطرف الآخر، ولا أن تُقبل أوراقٌ أو مذكراتٌ مقدمة من خصم، دون تمكين الطرف الآخر من الاطلاع عليها، كما لا يجوز أن يشترك فى المداولة غير أعضاء الدائرة الذين سمعوا المرافعة، أو أن يقوم بالمداولة ومن ثم إصدار الحكم فرد آخر خلاف العضو الفرد الذى رأس الدائرة إبان سماع المرافعة.

ولمثل هذه المعانى قضت المادة الحادية والعشرون وهى تواجه فرض تعدد أعضاء الدائرة بأنه إذا كانت الدائرة مشكلة من أكثر من عضو، فإن المداولة تكون سرًا بين كل أعضاء الدائرة. ولا شك أن السرية أمر جوهرى كذلك بالنسبة للعضو الفرد الذى يرأس الدائرة، ولا تشير النصوص عادة إلى ذلك، لأن الفرد يفكر فى أعماقه، أما أعضاء الدائرة فيفكرون معا بصوت مسموع، ولذا تكون السرية معه أوجب.

٢ ـ صدور الحكم بالأغلبية :

بانتهاء المداولة، تصدر الدائرة، حكمها، إذا كانت مشكلة من أكثر من عضو، بأغلبية أعضائها، والحكم الصادر عنها ينسب إليها بكامل هيئتها، يستوى فى هذا الصدد أن يكون الحكم قد صدر بالأغلبية أم بالإجماع، ومفاد ما تقدم أنه من المتصور أن يكون من بين الأعضاء الثلاثة عضو لا يوافق على ما انتهى إليه العضوان الآخران، وهذه ظاهرة صحية فى مجال تكوين العقيدة حول الحقيقة المراد الوصول إليها، ولم تحرم النصوص العضو المخالف من حقه فى إثبات رأيه، فيكون له أن يوضح مخالفته، من جهة، وأسباب هذه المخالفة من جهة أخرى، فى محضر الجلسة، وليس فى أسباب الحكم، لأن الحكم لا يجوز أن يحمل أى مظهر من مظاهر عدم الاتفاق فى الرأى، وتكون أكثرية أعضاء الدائرة ملزمة، كذلك، بتوضيح وجهة نظرها، وذلك بالرد على العضو المخالف، ليس فى أسباب الحكم، وإنما فى محضر الجلسة، فحسب. وفى كل الأحوال فإن محضر الجلسة يوقع من جميع أعضاء الدائرة، فضلا عن أمين سرها، وذلك على نحو ما قضت به المادة الثلاثون من هذه القواعد، أى قواعد المرفعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

وحق العضو المخالف فى إثبات رأيه، هو حق قائم فى بعض الشرائع والأنظمة الوضعية، كالتشريعات الانجلوسكسونية، فإذا لم يصدر الحكم بالإجماع فإن للأقلية تسجيل رأيها وإعلانه[٦٠]، واعتقد أن إعلان الرأى المنشق أو المخالف فى صلب الحكم مما يوهن من الحكم، ويضعف الثقة فيه، لذا فإن الأفضل هو الاكتفاء بتسجيل الرأى المخالف فى محضر الجلسة، مع تفنيد باقى الآراء له وردهم عليه.

المطلب الثانى : الاثبات فى مجال الحكم فى الدعوى الادارية :

المشكلات التى تستثير أعمال طرق الاثبات :

مقتضى نصوص قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم، أن الدائرة لها مطلق الحرية فى تكوين عقيدتها من خلال أى إجراء من إجراءات الإثبات، سواء قامت به من تلقاء نفسها أم اتخذته بناء على طلب مقدم لها من أحد الأطراف.

ولا يثير الحكم فى الدعوى الإدارية اعتمادًا على المستندات المكتوبة أىَّ صعوبات جدية إلا فى حالة طعن أحد الأطراف على تلك المستندات بالتزوير، إذ يمكن فى هذه الحالة اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق واقعة التزوير المدعاة وذلك بإرسال المستندات إلى خبير لإبداء رأيه فيها، ولقد أصبحت الخبرة فى هذا الصدد مجالا للثقة المطلقة، فإذا كان المستند محل شك، فإن الجهـة التى تبحث التـزوير تكون لديها الإمكانيات العلمية للوقوف على مدى سلامة المحرر، وبالتالى تأكيد تزويره أو عدم تزويره.

ولكن الدائرة لها سلطة تقديرية واسعة فى شأن مدى اتخاذ إجراءات تحقيق التزوير، فقد تجد أن تحقيق التزوير غير منتج فى الدعوى، أو غير جدى، وعندئذ يكون لها ألا تطلب من الخصم إعلان شواهد التزوير لخصمه الغائب، بل تحكم فى الدعوى مباشرة[٦١].

ولكن الإثبات بمقتضى الطرق الأخرى قد يثير بعض النقاط التى تحتاج إلى بيان، كما قد تعوز إليها بعض المشكلات التى تجابه الدائرة وهى تنظر الدعوى الإدارية.

أ ـ ففيما يتعلق بالخبرة :

فإنها توقف القاضى على حقيقة النزاع، فالدائرة، لا تستطيع أن تقطع وحدها برأى طبى أو هندسى أو زراعى أو متعلق بتحقيق الخطوط أو البصمات[٦٢]، لذا فإن الدائرة إذا لم تجد فى أوراق الدعوى الإدارية ما يكفى لتكوين عقيدتها فى الموضوع يكون لها أن تقرر ندب خبير لكى يقدم تقريرا فى الموضوع أو ليحضر أمام الدائرة لتناقشه بنفسها فى إحدى المسائل الفنية.

وقد أكدت هذا الحق المادة الرابعة والعشرون من قواعد المرافعات المذكورة، حيث أناطت بالدائرة ـ إذا رأت أن تستعين بالخبرة ـ سلطة تقرير ندب خبير، أو أكثر، وذلك بمجرد قرار غير مسبب، لا بحكم تمهيدى مطول، على أن تحدد فى قرارها الأمور الآتية:

ـ **مهمة الخبير** : فتحدد له تحديدا دقيقا وافيا ما يقوم به، ولا شك أن المهام تختلف فى حال المـطالبـات بالحقوق الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد عنها فيما لو تعلق الأمر بدعوى إلغاء أو بدعوى تعويض، أو بنزاع حول عقد من العقود الإدارية.

ومما لا مراء فيه أن المسائل النظامية أو القانونية ليست من المسائل التى يجوز للدائرة أن تجعلها من بين مهام الخبير، فالخبير يقوم بعمل فنى، ولا دخل له بالأنظمة، وقد يختلط الأمر فيما لو كانت مهمة الخبير إثبات مظاهر ركن قانونى أو نظامى كمظاهر ركن الخطأ، إن تعلق الأمر بدعوى تعويض، ولكن الأمر فى هذه الحالة لا يجب أن ينصرف إلى مطالبة الخبير ببيان ما إذا كان ركن الخطأ متوافرا من عدمه، وإنما يطلب منه استظهار مدى حقيقة أو مدى توافر تلك المظاهر فحسب، وللدائرة أن تفوض الخبير فى سؤال من يلزم لجلاء وجه الحق فى الدعوى، دون حلف يمين.

ـ الأجل اللازم لإيداع التقرير :

وقرار الدائرة بندب الخبير لا يكفى أن يبين مهمة الخبير بدقة، وإنما يجب أيضا أن تحدد له الأجل أو المهلة التى يتعين عليه أن يودع تقريره خلالها؛ ذلك أن العدالة تقتضى عدم ترك الخبير حرا فى تقديم تقريره فى الوقت الذى يشاء، ولكن الدائرة من جانب آخر، تراعى أن تكون تلك المهلة مناسبة لطبيعة المهمة التى يقوم بها، فهناك مهمة قد تحتاج أسبوعا وأخرى قد تحتاج إلى أسبوعين أو شهر أو أكثر.

ـ الأجل اللازم لجلسة المرافعة المبنية على التقرير :

ولما كان التقرير طريقا من طرق الإثبات، أو بالأحرى مجسدًا لمحصلة إحدى طرق الإثبات، فإنه لا يكفى تقديم التقرير لكى تحكم الدائرة فى الدعوى بعد وروده مباشرة، بل يجب أن تحدد فى قرارها أجلا لإعادة الدعوى إلى المرافعة، بمعنى أنه يجب أن يعقب ورود التقرير، انفتاح باب المرافعة، فبعد أن كانت الدعوى خلال فترة المهمة فى حالة ساكنة، إذ بالمرافعة تعيدها سجالا بين الطرفين فتعود إلى حالة الحركة حيث يكون لكل طرف أن يناقش التقرير وأن يرد عليه، أو أن يؤيده. وللدائرة بدلا من كل ما تقدم، أن تستعين بالخبير نفسه، فتطلبه لكى يحضر بالجلسة، وتناقشه فى رأيه الذى يبديه شفاها، على أن يقوم أمين سر الدائرة بإثبات ذلك فى محضر الجلسة.

فإذا قدم الخبير تقريره أو أبدى رأيه الفنى مشافهة، فإن ذلك لا يعنى مطلقا أن الدائرة يجب أن تحكم بنفس الرأى الذى انتهى إليه الخبير، فالقاعدة الثابتة فى كثير من الأنظمة أن رأى الخبير لا يقيد المحكمة، وقد تجدر الإشارة فى هذا الصدد أن نظام المرافعات الشرعية السعودى آنف الذكر قد نص فى المادة المائة والثالثة والثلاثين على أن «رأى الخبير لا يقيد المحكمة ولكنها تستأنس به» ولكن يبقى بعد ذلك أن تقوم الدائرة بتأسيس قضائها على أسباب كافية لحمله[٦٢]. فالحكم الذى لا يستند إلى تقرير الخبير يجب أن تكون له

أسانيده المبررة له، ولازم ذلك أن الحكم الذى لا سند له يوقع القاضى، أولا، فى دائرة الحرمة(٦٣).

ب ـ وفيما يتعلق بالمعاينة :

فهـذا أيضًـا حق ثابت للمحكمة، فللدائرة أن تقوم بالمعاينة بنفسها أو أن تندب من أعضائها من يقوم بها، وذلك وفقا للمادة الثالثة والعشرين من هذه القواعد، فالمعاينة هى قيـام المحكمـة(٦٤) بكامل هيئتها أو ممثلة فى عضو من أعضائها، بالانتقال إلى مكان ما لمشاهدته إذا كانت هذه المشاهدة مجدية. وقد يكون ذلك لازما بوجه خاص، فى الدعاوى، الإدارية المتعلقة بالتعويض عن فعل مادى أو فعل خاطئ يستوجب التعويض. والمعاينة لا تعنى حكم الدائرة بعلمها الشخصى، لأن العلم فى هذه الحالة، كما هو الشأن فى العلم الناشئ أثناء المرافعة، هو علم مستقًى من واقعات التداعى، ولذا فالحكم بمقتضاه جائز(٦٥).

ولا شك أنه يلزم أن تتم المعاينة أثناء المرافعة، وليس بعد قفل باب المرافعة، أى حجزها للمداولة والحكم، وهى بهذه المثابة إجراء من إجراءات الإثبات أو وسيلة من وسائله، ولذا فإن المعاينة لا تعتبر من قبيل الوسائل التحفظية، كما هو الحال فى بعض صورها فى أنظمة أخرى، حيث يكون لصاحب الشأن وعلى نفقته وقبل أن تكون هناك دعوى أساسا، أن يطلب من المحكمة الانتقال لإجراء معاينة لإثبات حالة معينة، لا يكون من الممكن إثباتها بعد ذلك، ولا استنباط الدليل المراد استنباطه منها، فهى تكون لرفع ضرر محدق أو وشيك الوقوع يتعذر الحيلولة دونه مستقبلا، أو الاستيثاق من حق يخشى على دليله من الزوال إن استمر الحال إلى ما بعد رفع الدعوى الموضوعية(٦٦).

ولا يوجد ما يمنع، لمثل هذه الاعتبارات، تقدم صاحب الشأن إلى ديوان المظالم لإجراء مثل هذه المعاينة التحفظية باعتبارها إجراء تعوز إليه اعتبارات العدالة الإنسانية، طالما كان ذلك على نفقة الطالب ومسئوليته.

جـ ـ التحقيق التكميلى :

منحت المادة الثالثة والعشرون من هذه القواعد، الدائرة التى تنظر الدعوى الإدارية، سلطة القيام بكاملها، أو من خلال أحد أعضائها، بإجراء تحقيق تكميلى، والتحقيق التكميلى هو ذلك الإجراء الذى بمقتضاه تتمكن الدائرة من جلاء حقيقة واقعة لم تثبت بدليل قاطع، بحيث لو تركت بدون تحقيق لكان الركون إليها أمرا غير ممكن وفقا للمجرى العادى للأمور(٦٨).

والتحقيق التكميلي بهذه المثابة هو وسيلة من وسائل الإثبات، ويلزم أن يكون أثناء المرافعة، وأن يكون ضروريا لجلاء وجه الحق فى الدعوى، وأن تباشره الدائرة بكامل اعضائها أو أن تندب له أحد هؤلاء الأعضاء، وهو يكون بقرار لا بحكم تمهيدى، وتحدد له جلسة أو جلسات معينة، وهو على هذا النحو لا يستلزم كمون أو سكون الدعوى طالما حضر الطرفان.

وقد منح النص ـ على ما تقدم ـ للدائرة، سواء من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب أحد الطرفين، وقياسا على الدعوى التأديبية والدعوى الجزائية ـ سلطة كاملة فى أن تكلف بالحضور من ترى موجبا لسماع أقواله من الشهود، على أن تمنع الدائرة توجيه أى أسئلة لا تتعلق بموضوع الدعوى، لأن الدليل يجب أن ينصب ليس فقط على واقعة محددة ومتنازع فيها وممكنة وإنما أيضا على واقعة متعلقة بموضوع الدعوى ومنتجة فى الإثبات. ولا شك أن السؤال غير المتعلق بالدعوى يتنافى أيضا مع حق من يوجه إليه السؤال فى عدم الرد إلا على ما يقتضيه النزاع من معلومات، يستوى أن يتعلق الأمر بمجرد سؤال بسيط أم باستجواب.

د. القرائن :

لا يثير الإقرار قضائيا كان أم غير قضائى أى مشكلات نظرية أو عملية فى مجال الإثبات بوجه عام فهو إن كان قضائيا ـ وهو المعول عليه ـ يكون حجة قاطعة على المقر، وهو حجة قاصرة عليه وعلى الدعوى التى صدر فيها وهو غير قابل للتجزئة[٦٩]. وكذلك الشأن بالنسبة لباقى طرق الإثبات أمام القضاء الإدارى، فقد أشبعت تحليلا وتأصيلا والأمر يختلف بالنسبة للقرائن، فرغم أنها لا تلعب دورًا حاسما ومؤثرا فى المجال المدنى والتجارى، إلا أنها تقوم بدور حاسم ومؤثر وهام فى المجالين الجنائى والإدارى.

وأيا كان الخلاف حول تعريف القرينة، فإن الأمر الثابت بالنسبة لها أنها دليل يعتمد على استنباط أمر مجهول من أمر معلوم، فإذا قام بذلك القاضى كانت القرينة قضائية وإن قام بها المنظم كانت قرينة نظامية أو قانونية، والقرينة فى هذه الحالة أو تلك مجرد طريق إثبات غير مباشر بحيث إن الإثبات لا يرد فى الحقيقة، على الواقعة المطلوب إثباتها، بل على واقعة أخرى متصلة بها، وبحيث إنه إذا ثبتت هذه الواقعة الأخرى، كانت فى حد ذاتها دليلا على ثبوت الواقعة الأولى، وفى هذا يقول بعض الفقهاء إن القرينة تتضمن «نقلا للإثبات من واقعة إلى أخرى»[٦٩].

وفيما يتعلق بالقرائن القانونية أو النظامية المتعلقة بالقانون الإدارى، وهى ما تعنينا الآن، فإنه يمكن القول بأن هذه اللائحة، وضعت فى مجال الإثبات القرينتين الآتيتين:

أولا : قرينة القرار الإدارى الضمنى :

تنص المادة الثالثة فقرة ثانية من هذه القواعد على أن يعتبر «مضى تسعين يوما على تاريخ تقديم التظلم دون البت فيه بمثابة صدور قرار برفضه» فهذا النص وما يشبهه يعنى فى كلمة موجزة، أن هناك قرارا ضمنيا قد صدر، وأن صدور هذا القرار يستنتج من مضى مدة معينة على تقديم التظلم دون أن تقوم الجهة المتظلم إليها بالبت فيه.

ثانيا : قرينة النشر كمظنة راجحة للعلم بالقرار الإدارى :

سبقت الإشارة، أيضًا، إلى ما قضت به الفقرة الأولى من المادة الثالثة (من القواعد المذكورة) من أن العلم بالقرار يتحقق بإبلاغ ذوى الشأن به أو بنشره فى الجريدة الرسمية إذا تعذر الإبلاغ.

ومفهوم المخالفة لهذا، أن النشر فى صحيفة يومية، مهما كانت سعة انتشارها، لا تغنى لتحقق هذه القرينة، عن النشر فى الجريدة الرسمية (أم القرى).

أما فيما يتعلق بالقرائن المعمول بها فى مجال القانون الخاص، فإن تحوير هذه القرائن لإعمالها فى مجال القضاء الإدارى أمر هين، وفى هذا الصدد فإن لحكم الإلغاء حجية مطلقة فيما عدا بعض الاستثناءات؛ كما أن قرينة المسئولية، أى مسئولية الإدارة عما يقع من خطأ بعض عمالها، أمر تقره الشريعة الغراء، لا سيما فى مجال الخطأ فى حراسة الحيوان والأدوات الميكانيكية، وبحيث لا تتخلص الإدارة من المسئولية إلا بإثبات أن الضرر ناتج عن سبب أجنبى لا يد لعمالها فيه، كالقوة القاهرة[٧٠]، أو عن خطأ المضرور ذاته[٧١].

المطلب الثالث : صياغة الحكم الادارى

لا شك أن صياغة الأحكام، أدخل فى باب المسائل الفنية منها فى باب المسائل النظامية أو القانونية، لذا فإننا نكتفى فى هذا الصدد بتحليل الأحكام الواردة فى نص المادة الحادية والثلاثين من هذه اللائحة.

ويمكن معالجة هذه الأحكام على النسق التالى: أولا: أسباب الحكم. ثانيا: المسائل الأخرى

أولا : أسباب الحكم

إن إعلام الحكم، فى المملكة، أو ما يعرف فى الأنظمة الأخرى بمسودة الحكم وإيداعها، أمر جوهرى، فى مجال القضاء الإدارى وغيره، وأهم ما يجب أن يشتمل عليه إعلام الحكم

هو الأسباب التى بنى عليها الحكم، فالأسباب هى الحيثيات المنطقية التى تشكل الدعامات الأساسية لحمل منطوق الحكم، فإذا كان الحكم يتكون من ديباجة أى بيانات أولية عن صدور الحكم باسم الله ... ثم اسم المحكمة، أى الدائرة، وأسماء أعضائها وتاريخ إصداره ومن وقائع الخصومة، والمنطوق وهو ما قررته المحكمة وانتهت إليه، إلا أن كل ذلك لا يؤدى الغرض منه، إلا إذا انبنى الحكم على أسباب مقنعة.

وكتابة الأسباب، أو استلزامها، يجعل الدائرة تفكر كثيرا، وتتروى قبل أن تصدر الحكم، لعلمها أن ما تقدمه للخصوم هو البرهان المستمر على عدالة الحكم، فيقتنعون به، وأن ما تقدمه لجهات البحث والدراسة هو المبررات الصائبة التى تكفى للتثبت من عدالة الحكم. هذا إلى أن الاكتفاء بالمنطوق دون أسباب كافية لحمله يمكن أن يفتح الباب لتأويل مسلك الدائرة أو المحاكم بوجه عام تأويلا لا يتفق مع الحقيقة بل يتمشى عادة مع المصلحة الخاصة رغم إصابة الحكم الحقيقة، لذا كان التسبيب عاصما من فتح باب التشكيك فى العدالة القضائية.

ولا يكفى وجود حيثيات، طالما كانت هذه الحيثيات لا تستند إلى أدلة الإثبات التى قدمها الخصوم أو أجرتها المحكمة أو الدائرة، أو طالما كانت هذه الحيثيات غير كافية، أو لم تفصح بجلاء عن القاعدة النظامية التى استندت إليها، أو لم تكن قد صيغت بعبارات سهلة وواضحة ومحددة ومنطوية على ردود كافية على مزاعم الخصوم، وغير متهاترة فيما بينها، وغير متناقضة مع المنطوق ، ولكن لا يعيب الحكم تزيده وإيراده أسبابا خاطئة طالما كانت باقى الأسباب كافية لحمل منطوق الحكم.

كذلك يجب أن يشتمل إعلام الحكم على بيان مستنده، مما سبقت الإشارة إليه، وعلى تحديد الدائرة التى أصدرته، وزمان ومكان صدور الحكم والدعوى الصادر فيها وبيان أنها دعوى إدارية طالما أن الأمر متعلق بدعوى من هذا القبيل. كما يجب ذكر أسماء أعضاء الدائرة الذين سمعوا المرافعة وأسماء أطراف الدعوى وصفاتهم، وكذلك موطن كل منهم، ومدى حضورهم أو غيابهم، وإن كان لهم ممثلون فيلزم ذكر أسمائهم وما قاموا بتقديمه من طلبات أو دفوع، وما عساهم أن يكونوا قد استندوا إليه من أدلة.

كما يجب أن توقع نسخة إعلام الحكم الأصلية من رئيس الدائرة ومن أعضائها فى حالة تشكيلها من أكثر من عضو، أو من رئيس الدائرة الفرد إذا كانت الدائرة مشكلة منه وحده، وفى كل الأحوال يجب أن يوقع أمين سر الدائرة مع الدائرة على نسخة إعلام الحكم الأصلية، ويتم التوقيع خلال خمسة عشر يوما من صدور الحكم.

ثانيا : المسائل الأخرى (حفظ نسخة الحكم وإعلام المحكوم عليه)

فإذا صدر الحكم، ووقع، فإنه يلزم بعد ذلك اتخاذ إجراءين هامين:

أولهما : حفظ نسخة إعلام الحكم الأصلية فى ملف الدعوى، فهذه النسخة لا تسلم لأحد، بل تبقى فى الملف وتتبعه أينما سار بعد ذلك، ولكن تسلم نسخة من هذا الإعلام، مختومة بخاتم الدائرة التى أصدرته، وموقعا عليها من رئيس الدائرة وحده فضلا عن أمين سر الدائرة ـ لكل ذى علاقة بالدعوى.

ثانيهما : قيام الدائرة التى أصدرت الحكم، بإعلام المحكوم عليه، بعد تسليمه نسخة إعلام الحكم، بأنه يحق له، أن يطلب تدقيق الحكم، خلال مدة محددة، هى مدة ثلاثين يوما، يبدأ احتسابها من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم، كما يتم إعلام المحكوم عليه، بأنه إذا لم يطلب تدقيق الحكم خلال المدة المشار إليها، فإن الحكم يصبح نهائيا فى حقه وواجب النفاذ.

ويلاحظ فى النهاية أن الإخطارات فى مجال الدعوى الإدارية تضبطها نفس أحكام المادة الثالثة والأربعين من هذه القواعد، وأن الأحكام التى لم يتم تبليغها إلى أطراف الدعوى، قبل نفاذ اللائحة المتضمنة هذه القواعد، تطبق عليها القواعد الخاصة بطرق الاعتراض على الأحكام إعمالا لنص المادة السادسة والأربعين من هذه اللائحة . .

المبحث الثالث

طرق الاعتراض على الأحكام

تضمن الباب الرابع من لائحة قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم ـ فى المواد من الرابعة والثلاثين وحتى الثانية والأربعين ـ الأحكام التى أوردها تحت عنوان طرق الاعتراض على الأحكام، ونعرض فيما يلى للأحكام المتعلقة بالدعوى الإدارية، وهى: الحكم الوارد فى المادة الرابعة والثلاثين القاضى بعدم نهائية أو وجوب نفاذ بعض الأحكام المتعلقة بدعاوى التعويض والعقود الإدارية إلا بعد تدقيقها، والمادة الخامسة والثلاثون الخاصة باعتبار باقى الأحكام الصادرة فى الدعاوى الإدارية نهائية إذا توافرت شروط معينة، والمادة السادسة والثلاثون الخاصة بأثر قبول طلب التدقيق، والمادة الثامنة والثلاثون الخاصة بإعادة الدعوى إلى الدائرة التى أصدرت الحكم لبيان ما شابه من غموض أو إبهام، والمادتان التاسعة والثلاثون، والأربعون الخاصتان بإنشاء هيئة للتدقيق وأحكام العدول عن اجتهاد سابق.

ونعرض فى مطالب موجزة لأحكام هذا الباب وفقا للنصوص المشار إليها.

المطلب الأول : وجوب تدقيق الأحكام الصادرة على خلاف ما طلبته الادارة فى دعاوى التعويض والعقود الادارية

الأحكام التى تصدر فى الدعاوى الإدارية، المتعلقة بطلب التعويض والموجهة من ذوى الشأن إلى الحكومة أو إلى الأشخاص الذين يتمتعون بشخصية عامة مستقلة، متى كان طلب التعويض راجعا إلى أعمالها، وكذلك الدعاوى المتعلقة بالعقود الإدارية، على خلاف ما طلبته الجهة الإدارية، أو التى لا تكون فى صالح الإدارة، لا تصبح أحكاما نهائية وواجبة النفاذ إلا بعد أن يتم تدقيقها.

ولهذه الغاية الواردة فى المادة الخامسة والثلاثين، والغايات الواردة فى المواد الأخرى، قضت المادة التاسعة والثلاثون من هذه القواعد بأن يتم، برئاسة رئيس ديوان المظالم، إنشاء هيئة للتدقيق، تشتمل على دائرة أو أكثر للتدقيق، بحيث تكون كل دائرة مؤلفة من ثلاثة أعضاء، يعينهم رئيس ديوان المظالم، ويسمى من بينهم رئيسا للدائرة، إلا إذا رأى رئيس الديوان تشكيل دائرة التدقيق من عضو واحد، فإن له ذلك، حيث يناط برئيس دائرة التدقيق إذا كان فردًا، تدقيق الدعاوى اليسيرة التى يحددها رئيس ديوان المظالم.

فالدعاوى المشار إليها، متى صدر فيها حكم فى غير صالح الإدارة أو على خلاف ما طلبته لا تكون نهائية، وبالتالى لا يكون من الجائز تنفيذها، إلا إذا تم تدقيقها.

وعدم جواز تنفيذ هذه الأحكام، تأسيسا على عدم نهائيتها، يحقق مصلحة عامة، تتمثل فى وجوب التريث قبل تنفيذ مثل هذه الأحكام، وهو تريث لن يضير من صدر الحكم لصالحه، طالما أن إجراءات تدقيق الأحكام لا تستغرق وقتا طويلا. هذا إلى أن تنفيذ تلك الأحكام إذا أعقبه قبول الإدارة تدقيق الحكم، ونقضه مع التصدى لنظر القضية أو إعادة الحكم إلى الدائرة التى أصدرته لتفصل فيه ثانية، فإن ذلك قد يفضى إلى صدور حكم مخالف للحكم الأول، أى لصالح الإدارة، وبالتالى إعادة تنفيذ الحكم لمصلحة الإدارة، وهو ما تكتنفه لا محالة صعوبات جمة، لا يمكن الحيلولة دونها إلا بالقول بأن تلك الأحكام «لا تكون نهائية وواجبة النفاذ إلا بعد تدقيقها» على ما جاء بالنص.

المطلب الثانى : نهائية ونفاذ الأحكام الصادرة فى الدعاوى الادارية خلاف دعاوى التعويض والعقود الادارية المشار إليها

مع الأخذ فى الحسبان ما جاء فى المادة الرابعة والثلاثين من أحكام، فإن الدعاوى الإدارية الأخرى تكون نهائية وواجبة النفاذ بشرطين أساسيين وهما:

أولا : أن تمضى مدة الثلاثين يومًا، المنصوص عليها فى الفقرة الأخيرة من المادة الحادية

والثلاثين من هذه القواعد، دون أن يطلب صاحب المصلحة تدقيق الحكم، وصاحب المصلحة هو المحكوم عليه الذى أعلمته الدائرة، بعد أن سلمته نسخة من إعلام الحكم، بأن له حق طلب تدقيق الحكم خلال ثلاثين يومًا من تاريخ تسليمه نسخة إعلام الحكم، ولكنه فوت هذه المدة دون أن يطلب تدقيق الحكم.

ثانيا : ألا «يطلب أى من أطراف الدعوى، أو وزارة المالية والاقتصاد الوطنى وديوان المراقبة العامة بالنسبة لجميع الدعاوى الإدارية، أو الديوان العام للخدمة المدنية بالنسبة للدعاوى المتعلقة بشئون الخدمة المدنية المشار إليها فى المادتين الثانية والثالثة من هذه القواعد ـ تدقيقها خلال الميعاد المذكور»، على ما هو وارد فى المادة الخامسة والثلاثين من هذه القواعد.

وعلى ذلك تكون الأحكام الآتية أحكاما نهائية واجبة النفاذ إذا توافر الشرطان المتقدمان:

١ ـ الأحكام الصادرة فى دعاوى التعويض والعقود الإدارية على نحو ما طلبت الإدارة أو دون أن تكون على خلاف مصلحتها، شاملة دعاوى الإلغاء، ودعاوى التعويض.

٢ ـ الأحكام الصادرة فى دعاوى المطالبات بالحقوق الناشئة عن نظام الخدمة المدنية والتقاعد.

المطلب الثالث : أثر قبول طلب التدقيق

قبول طلب التدقيق يستتبع إما قيام دائرة التدقيق بتأييد الحكم فيما قضى به، وإما نقض ذلك الحكم.

فإذا نقضت دائرة التدقيق الحكم كان لها الخيار فى أحد أمرين:

أولهما : أن تعيد الحكم إلى الدائرة التى أصدرته لكى تصدر فى موضوعه حكما جديدا.

ثانيهما : أن تتصدى لنظر القضية.

فإذا أعادت دائرة التدقيق الحكم إلى الدائرة التى أصدرته، فمن المحتمل أن تصر تلك الدائرة على رأيها الأول، وهذا يعنى أنه لم يعد بد من قيام دائرة التدقيق بالتصدى لنظر تلك القضية، وذلك فى حالة ما إذا لم تقتنع بوجهة النظر التى تبديها الدائرة التى أصدرت الحكم.

أما إن تصدت دائرة التدقيق لنظر القضية، سواء ابتداءً أو لعدم اقتناعها بوجهة نظر الدائرة التى أصرت على حكمها، فإن دائرة التدقيق تكتسى طابع دائرة الحكم من حيث

صلاحياتها، بحيث لا تفصل فى القضية إلا بعد أن تسمع أقوال الخصوم، ويجوز لها فضلا عن ذلك أن تجرى ما ترى لزومه سواء من حيث القيام بالمعاينة أو الاستعانة بالخبرة.

فإذا ما أصدرت دائرة التدقيق، بعد ذلك حكما فى القضية، فإن هذا الحكم أيا كان قضاؤه، يكون نهائيا وواجب النفاذ.

وتجدر فى النهاية ملاحظة أنه إذا رفع محكوم عليه طلب تدقيق، ولم يطلب الطرف الآخر تدقيق الحكم، فإن الدائرة التى تنظره لا يجوز لها أن تصدر قرارًا ضارًا به، فهى إما أن تؤيد الحكم وإما أن تعدله لمصلحته فقط.

المطلب الرابع : قواعد العدول عن اجتهاد سابق

وفقا لأحكام المادة الأربعين من هذه القواعد، فإن دائرة التدقيق ليست مطلقة السلطة فى العدول عن اجتهاد سبق أن أخذت به، أو سبق لدائرة أخرى أن أخذت به، أو سبق لهيئة التدقيق أن أقرته، بل يجب عليها، فى هذه الأحوال، أن تتوقف عن نظر القضية المعروضة عليها، وأن ترفع الموضوع إلى رئيس ديوان المظالم، ليتولى إحالته إلى هيئة التدقيق مجتمعة برئاسة رئيس الديوان مع ثلاثة من رؤساء الدوائر، يقوم باختيارهم، حيث تصدر الدائرة المشتركة قرارها، ليس بالإجماع، وإنما بأغلبية ثلثى الأعضاء.

وتثور فكرة إمكانية العدول عن اجتهاد سابق فى حالات كثيرة ويمكن ضرب أمثلة عملية لها فيما يلى:

١ ـ مدى إعمال قواعد ترك الخصومة :

من حق المدعى ـ بحسب القواعد العامة ـ أن يتنازل عن الخصومة مع الاحتفاظ بأصل الحق، وفى هذا الصدد فإنه «من المسلم به فى الفقة والقضاء الفرنسى أن المنازعة الإدارية ولو كانت طعنا بالإلغاء قد تنتهى بالترك، وينتج الترك أثره .....»[٧٢] ولكن التنازل ينصرف إلى عريضة الدعوى دون حق التقاضى بدعوى الإلغاء ذاته لتعلقه بالنظام العام، فإذا سلمت الإدارة قبل الترك بطلبات المدعى فتنازل المدعى عن الخصومة، فقضت الدائرة باعتبار الدعوى منتهية، ثم عادت الإدارة ونازعت فى حق المدعى وتكرر الأمر، فإنه من الممكن أن تثور فى هذا الصدد فكرة العدول عن المبدأ المسلم المتعلق بالترك، إذ يكون للدائرة مثلا أن تبحث عن مبدأ يحظر الترك للمرة الثانية إذا كان من شأن ذلك احتمال تكرار النزاع رغم تسليم المدعى عليه بحق المدعى، وعندئذ يلزم الموافقة على هذا بأغلبية ثلثى أعضاء هيئة التدقيق بالتشكيل المشار إليه.

٢ ـ العدول عن مبدأ يتعلق بمدى الالغاء :

الأصل أن أحكام الإلغاء تحوز حجية مطلقة لا نسبية، فيحتج به فى مواجهة الكافة، استثناء من فكرة أن كافة الدعاوى الإدارية لا تتمتع إلا بحجية نسبية تقتصر على أطراف النزاع وحدهم[٧٣]، لأن دعوى الإلغاء ذات طبيعة عينية، وهذه الحجية تتعلق بالنظام العام، فلو كان الإلغاء جزئيا، فإنه يتمتع بذات الحجية المطلقة، فإذا ارادت دائرة إعمال فكرة الإلغاء النسبى ANNULATION RELATIVE أى الخاص بشخص معين بذاته، من أجل القول بأن هذا الحكم «لا يكون حجة مانعة للغير من المطالبة بإلغاء ذات القرار لعيوب أخرى خاصة به»[٧٤]، كما قالت بذلك مثلا محكمة القضاء الإدارى المصرية، فإنه يلزم فى هذه الحالة أيضًا موافقة ثلثى أعضاء هيئة التدقيق بالتشكيل السابق، لا سيما وأن مبدأ كهذا يثير جدلا كبيرا فى هذا الصدد[٧٥].

٣ : مدى عدم إعمال القرائن فى الاثبات واستلزام اعتراف الادارة وحده بالنسبة لعيب إساءة استعمال السلطة :

ليس فى هذه القواعد ما يلزم الدائرة بأن تبنى حكمها على اعتراف الإدارة وحده، فيما لو تعلق الأمر مثلا بعيب إساءة استعمال السلطة، وهو العيب الذى استقر الفقه وقضاء مجلس الدولة الفرنسى بشأنه على أن يكون عبء إثباته «عن طريق اعتراف الإدارة أو من ملف الخدمة والأوراق والظروف المحيطة بصدور القرار الإدارى»[٧٦]، ولكن إذا كانت هناك اعتبارات معينة تستلزم العدول عن مثل هذا المبدأ و استلزام الاعتراف، فلا بد من موافقة ثلثى أعضاء هيئة التدقيق بالتشكيل المشار إليه.

٤ : حالة العدول عن مبدأ عدم جواز تصحيح عيب عدم الاختصاص :

هذه بدورها حالة هامة أثارت جدلا على الصعيد القضائى الإدارى فى دول أخرى، وهى أن القاعدة أنه لا يجوز تصحيح عيب عدم الاختصاص، فالقرار الباطل بسبب هذا العيب «لا يصحح فيما بعد من صاحب الشأن فيه، بل يجب أن يصدر منه قرارًا إنشائيا بمقتضى سلطته المخولة له»[٧٧] فإذا صدر قانون أو نظام يمنح مصدر القرار الإدارى المشوب بعيب عدم الاختصاص، اختصاصا بإصداره، أو قد يقوم صاحب الشأن بإجازة ذلك القرار دون إصدار قرار جديد، فعندئذ لا يجوز العدول عن مبدأ عدم جواز تصحيح عيب عدم الاختصاص، استنادًا إلى ذلك النظام أو الإجازة إلا بموافقة ثلثى أعضاء هيئة التدقيق وهكذا.

الهوامش

(١) انظر نص الفقرة الأولى من المادة الأولى من هذه القواعد.

(٢) انظر رغم ذلك في تعريف الدعوى بأنها المطالبة القضائية.

LA COSTE (M.L) PRECIS ELEMETAIRE DE PROCEDURE CIVILE PARIS, SIREY 1949 No p. 29

(٣) د. فتحي والي، **الوسيط في قانون القضاء المدني**، دار النهضة العربية ١٩٨٠ ص ٦٠ ـ ٦١ في عرض ونقد هذا الرأي.

(٤) المادة ١٦١٣ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥) الزيلعي، **تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق** ط ١ بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣١٥هـ ج ٤ ص ٦٩١.

(٦) ومع ذلك انظر من يعتبرون الدعوى سلطة قانونية - د. أحمد أبو الوفا، **المرافعات المدنية** ط ١٢ سنة ١٩٧٧م منشأة المعارف ص ٩٨ ـ ١٠١.

7 – GAR, CONET ET CIZAR–BRU, TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DE PROCEDURE CIVILEY ET COMMERCIALE 3ME ED., PARIS SIREY 1912/1913 (VOL 1) p. 520.

8 – V. VINCENT, PRO CEDURE CIVILE 18ME ED., PARIS, DALLOZ 1978 No 13 p. 12.

(٩) د. فتحي والي، السابق ص ٥٨.

(١٠) انظر الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، بيروت، دار الكتاب العربي ١٩٨٢م ج ٦ ص ٢٢٢.

(١١) د. محمود محمد هاشم، **إجراءات التقاضي والتنفيذ** ج ١ جامعة الملك سعود ١٤٠٩هـ ص ٢٠.

(١٢) انظر في اختصاصات رئيس ديوان المظالم، د. أحمد كمال الدين موسى، **ديوان المظالم بين الحاضر والمستقبل**، مجلة الإدارة العامة، العدد ٣٤ شوال ١٤٠٢هـ يوليو/أغسطس ١٩٨٢م ص ٤٥،٤٦.

(١٣) الكاساني، السابق، ج ٦ ص ٢٢٢.

(١٤) تنص المادة ١٦١٩ من مجلة الأحكام العدلية على أنه يجب أن يكون المدعى به معلوما بينما تشترط المادة ١٦٢٩ أن يكون المدعى به محتمل الثبوت.

15 – V. LAFERIERE, TRAITE DE JURIDICTION ADMINSTRATIVE ET DE RECOURS CONTENTIEUX 2ME ED., 1896 pp. 12 ET SS.

(١٦) د. سعاد الشرقاوي، **المسئولية الإدارية** ١٩٧٢م (دار المعارف) ط ٢، ص ٨ وما بعدها.

(١٧) انظر في عرض التقسيم وتقسيمات أخرى د. عبد الغني بسيوني عبدالله، **قضاء الإلغاء**، منشأة المعارف ١٩٨٣م ص ٩ ـ ١١.

(١٨) انظر د. سليمان الطماوي، **القضاء الإداري** ط ٢ ص ٢٠٥، ود. عبدالله ابن سعد الفوزان **ديوان المظالم في ظل نظامه الجديد**، مجلة الإدارة العامة ع ٣٥ ص ١٢٩؛

DE LAUBADERE (ANDRE), DROIT ADMINISTRATIF (C.A) COURS DOCTORAT DR. PUB. LE CAIRE 1971 (DACT.).

(على الآلة الناسخة)، د. طعيمه الجرف، **مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون**، القاهرة ١٩٧٦م، ص ٩٤ وما بعدها، د. عبدالغني بسيوني عبدالله، **ولاية القضاء الإداري على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء**، منشأة المعارف ١٩٨٣م ص ١٦ وما بعدها، د. سعاد الشرقاوي، **المسئولية الإدارية**، ط ٢، ص ٦ . د. محمد محمد بدران، **رقابة القضاء على أعمال الإدارة**، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية ... سنة

١٩٨٥م، ص ٦٣. وانظر فى مجموعة أحكام قضائية متكاملة فى دعوى الإلغاء: **موسوعة المبادئ القانونية فى المنازعات الإدارية، الكتاب الأول، إجراءات الدعوى الإدارية** للمستشار حمدى ياسين عكاشة، القاهرة ١٩٨٣م وبخاصة ص ٢٢١ وما بعدها، د. خميس السيد إسماعيل، **قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية** ط ٢، سنة ١٩٨٨م، ص ٤٩ وما بعدها.

(١٩) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص ٦٣.

(٢٠) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى المصرية فى ١٩٥٧/١/٢٧م فى القضية رقم ١٨٦٧ لسنة ٨ القضائية، مجموعة أحكام السنة ١١، ص ١٧٢.

(٢١) د. عبدالغنى بسيونى عبدالله، المرجع السابق، ص ١٩٤.

(٢٢) انظر د. محمود إبراهيم الوالى، **نظرية التفويض الإدارى** ط ١، سنة ١٩٧٩م، ص ٢٥٢ وما بعدها، د. عبدالفتاح حسن، **قضاء الإلغاء** ١٩٧٨م، ص ٢٦٨.

(٢٣) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى فى مصر بجلسة ١٩٥٣/١٢/٢١م فى القضية ١٤٢٢ لسنة ٥ ق مجموعة أحكام السنة الثامنة ص ٢٩٣، وانظر د. خميس السيد إسماعيل، المرجع السابق ص ٦١ وما بعدها.

(٢٤) انظر الأحكام القضائية الفرنسية والمصرية التى أشار إليها د. عبدالغنى بسيونى عبدالله، المرجع السابق ص ٢٠١، ٢٠٤، ٢٠٥.

(٢٥) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق ص ١٣٠.

(٢٦) د. سليمان الطماوى، **النظرية العامة للقرارات الإدارية** ط ٣، (١٩٦٦م)، ص ٢٤٣.

(٢٧) د. سليمان الطماوى، السابق، ص ٢٤٤ وانظر د. محمد محمد بدران، المرجع السابق ص ٨٩ وما بعدها.

(٢٨) انظر د. عبدالغنى بسيونى عبدالله، المرجع السابق ص ٢٢١.

(٢٩) د. سليمان الطماوى، السابق ص ٢٧٨.

(٣٠) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق ص ١٣٠.

(٣١) د. محمد شتا أبو سعد، **أصول النظام القضائى فى المملكة العربية السعودية**، القاهرة ١٩٨٢م، ص ٢٠ وما بعدها.

(٣٢) د. سليمان الطماوى، المرجع السابق، من ص ٢٢٨ حتى ص ٢٣٤ ود. عبدالغنى بسيونى عبدالله، المرجع السابق من ص ٢٤٦ حتى ص ٢٥١.

(٣٣) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق، ص ١٣٠.

(٣٤) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق، ص ٩٤.

35 – GEZE, ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE SUR L'INFLUENCE DES MOTIFS DETERMINANTS SUR LA VALIAITE DES ACTES JURIDIQUES EN DROIT PUBLIC FRAN CAIS R.D.P. 1922 pp. 377 et ss.

وانظر كذلك د. سليمان الطماوى، السابق ص ٣٣٤.

(٣٦) د. سليمان الطماوى، السابق ص ٣٣٦ ـ ٣٤٤.

(٣٧) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق ص ١٣١.

(٣٨) د. محمد محمد بدران، المرجع السابق ص ٩٥/٩٦.

(٣٩) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المرجع السابق ص ١٣٣.

(٤٠) انظر د. خميس السيد إسماعيل، **قضاء مجلس الدولة .. السابق** ١٩٨٨م، ص ٩٧.

(٤١) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق، ١٣٤ وانظر د. أحمد كمال الدين موسى **ديوان المظالم بين الحاضر والمستقبل**، المقال السابق ص ٥٤.

(٤٢) د. عبدالغنى بسيونى عبدالله، السابق، ص ١٨.

(٤٣) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا فى مصر ٢٩ يونيه ١٩٦٢م القضية ٤٩٨ لسنة ٤ ق، وانظر د. محسن خليل، القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة، ط ٢ سنة ١٩٦٨م، ص ٣٩٦ وما بعدها.

(٤٤) د. عبدالله بن سعد الفوزان، المقال السابق، ص ١٣٥.

(٤٥) انظر د. عبدالغنى بسيونى عبدالله، السابق، ص ١٠١.

(٤٦) لكن انظر د. خميس السيد اسماعيل، السابق ص ١٠٠ وما بعدها بشأن عدم الملاءمة وليس عدم المشروعية.

(٤٧) د. عبدالله بن سعد الفوزان، السابق ص ١٣٨.

(٤٨) ق ١٩٦٧/١٢/٣٠م بالقضية ٥٧٦ س ١١ مجموعة المبادئ .. فى خمسة عشر عامًا ص ٩٩.

(٤٩) د. إبراهيم طه الفياض، **العقود الإدارية** ط ١ الكويت، ١٩٨١م ص ٤٠.

(٥٠) انظر المادة ١٤ من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

(٥١) انظر المادة ١٥ من قواعد المرافعات والإجراءات أمام ديوان المظالم.

(٥٢) انظر د. محمد شتا أبو سعد، **الدعوى والدعاوى الخاصة** (فى السودان) ١٤٠٥هـ مطبعة جامعة القاهرة، ص ٤٢١ وما بعدها، وانظر فى الفقة الانجلوسكسونى:

ODGERS : ON PLEADINGS AND PRACTICE (19 TH ED.,) BY GILES FRANCIS HARWOOD, LONDON 1963 p. 80; AGARAWALA' SPLEADING AND PRECEDENTS IN INDIA 2ND ED., p. 395.

(٥٣) يقول ابن جزىء «يحكم للحاضر إذا سأل الحكم على الغائب خلافا لأبى حنيفة وابن الماجشون» انظر له: القوانين الفقهية، طبعة تونس ١٩٢٦م ص ٢٨٧.

(٥٤) انظر مؤلفنا السابق ص ٢٥٨ وما بعدها؛ وانظر من الفقه الهندى والأنجلوسكسونى :

MULLA (SIR DANISH FARDUNJI) THE CODE OF CIVIL PROCEDURES 9TH ED., CALCUTTA 1954 (VOL 2.) P. 315.

(٥٥) البهوتى (منصور بن يونس بن إدريس) شرح منتهى الإرادات، بيروت عالم الكتب، بدون تاريخ، جـ ٣، ص ٤٥٩، وانظر المادة ٢٠٠٩ من مجلة الأحكام العدلية.

(٥٦) ابن سليمـان (عبدالله بن الشيخ محمد)، **مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر**، القاهرة، دار إحياء التراث العربى ١٣١٧هـ ج ٢ ص ١٠٥.

(٥٧) الصنعـانى (محمـد بن إسماعيل الأمير اليمنى) **سبل السلام شرح بلوغ المرام فى جمع ادلة الأحكام**، القاهرة، مكتبة عاطف بدون تاريخ، ج ٣ ص ١٤٥.

(٥٨) انظر فى فكرة اعتماد القضاء الإدارى كلية على المرافعات المكتوبة د. سليمان الطماوى، **القضاء الإدارى الكتاب الأول، قضاء الإلغاء** ١٩٦٧م، دار الفكر العربى ص ٩٨٤.

(٥٩) د. فتحى والى، **الوسيط فى قانون القضاء المدنى**، المرجع السابق بند ٣٢٨ ص ٦٧٤ وانظر فى حكمة سرية الجلسات. GABOLDE (CH) LA PROCEDURE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS, 1981 No 828 p. 390.

(٦٠) انـظر د. رمزى سيف، **قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقا للقانون الكويتى**، من مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٤م ص ٣٨٢ وانظر المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المصرى العام ١٩٤٩م.

(٦١) انظر العشماوى (محمد و عبدالوهاب) **قواعد المرافعات فى التشريع المصرى والمقارن**، القاهرة ١٩٥٧ ج ٢ بند ٩٨٤ ص ٥٧٠

(٦٢) نقض مصرى ١٩٧٣/٣/٢م س ٢٤ ق ص ٣٧٢؛ وانظر كرستيان جابولد فى المرجع السابق بند ٨٥٩ ص ٤٠٤ حيث يستلزم كفاية الأسبـاب. LA MOTIVATION DOIT ETRE SUFFISANTE •

(٦٣) النواوى (عبدالخالق)، العلاقات الدولية والنظم القضائية فى الشريعة الإسلامية، دار الكتاب العربى ١٣٩٤هـ، ص ٢١٧.

(٦٤) النداوى (آدم وهيب) دور الحاكم المدنى فى الإثبات، دراسة مقارنة، بغداد ١٩٧٦م ص ٤٥٥ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسى الذى اشار إليه كرستيان جابولد فى مؤلفه السابق بند ٦٥٦ ص ٣١٢ والذى يؤكد أن هذا الإجراء اختيارى أساسا. (LA VISITE DE LIEU EST ESSEN TIELLEMENT FACUL TA TIVE)

(٦٥) البهى (احمد عبدالمنعم) : من طرق الإثبات فى الشريعة والقانون، القاهرة دار الفكر العربى، ١٩٦٥ ص ١٢٥ وما بعدها.

(٦٦) انظر حكم محكمة القضاء الإدارى المصرية فى ٢١ مارس ١٩٥٧م أورده د. خميس السيد إسماعيل فى مؤلفه السابق ص ٣٥٤؛ وانظر كريستيان جابولد، المرجع السابق بند ٦٥٥ ص ٣١٢ وما بعدها.

(٦٧) د. محمد شتا أبو سعد، محاضرات فى التنظيم القضائى ونظام القضاء فى الإسلام لطلاب ماجستير الفقه المقارن بجامعة أم درمان الإسلامية، على الآلة الناسخة ١٩٨٤م ص ٢١٠.

(٦٨) انظر د. عبدالمنعم فرج الصدة، الإثبات فى المواد المدنية، القاهرة ١٩٥٥ (الحلبى) ص ٣٩٦ ـ ٤٠٠.

(٦٩) انظر د. رمزى سيف، المرجع السابق، بند ٢٨٩، ص ٣٦٤.

(٧٠) د. محمد شتا أبو سعد، مفهوم القوة القاهرة، مصر المعاصرة ١٩٨٢م، عدد أكتوبر ص ٢٤٠.

(٧١) د. محمد شتا أبو سعد، خطأ المضرور، مصر المعاصرة ١٩٨٣م، عدد أكتوبر ص ٣٢٠.

(٧٢) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية فى ١٩٦٩/١/٢٠م فى القضية رقم ١١٨٤ س ٩ ق مجموعة المبادئ س ١٤ قاعـدة ٣٧ ص ٢٨١.

(٧٣) د. عبدالمنعم جيرة، آثار حكم الإلغاء، رسالة القاهرة ١٩٧٠م ص ٥٤ وما بعدها.

(٧٤) حكم محكمة القضاء الإدارى المصرية فى ١٩٥٥/٣/١٧م فى القضية ١٧٠ س ٦ ق، مجموعة أحكام المحكمة س ٩ ص ٣٧٢.

(٧٥) انظر مثلا د. مصطفى أبو زيد فهمى، القضاء الإدارى ومجلس الدولة ط ٣ منشأة المعارف ١٩٦٦م، ص ٧٧٥.

(٧٦) حكم محكمة القضاء الإدارى المصرية فى ١٩٥٦/٣/٤م فى القضية ١٥٠ س ٨ ق مجموعة أحكام المحكمة س ١٠، ص ٢٣٢.

(٧٧) حكم محكمة القضاء الإدارى فى ١٩٥٣/١٢/٢١م فى القضية ١٤٢٢ س ٥ ق، مجموعة أحكام المحكمة س ٨ ص ٢٩٢.

ثبت بأهم مراجع البحث

أولا : أهم المراجع العربية

١ـ الكتب

(أ) كتب فى الشريعة الإسلامية والدراسات المقارنة :

(١) فقه حنبلى

١ ـ البهوتى : (منصور بن يونس بن إدريس) شرح منتهى الإرادات، بيروت، عالم الكتب، بدون تاريخ ج ٣

(٢) فقه مالكى

١ ـ ابن جزىء : القوانين الفقهية طبعة تونس ١٩٢٦.

(٣) فقه حنفى

١ ـ ابن سليمان (عبدالله بن الشيخ محمد) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، القاهرة، دار إحياء التراث العربى ١٣١٧هـ ج ٢

٢ ـ الزيلعى : تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ط ١ بيروت، دار المعرفة للطباعة والنشر ١٣١٥هـ

٣ ـ الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربى ١٩٨٢م.

(٤) دراسات إسلامية معاصرة

١ ـ أبو سعد (د. محمد شتا) : أصول النظام القضائى فى المملكة العربية السعودية، القاهرة ١٩٨٢م.

٢ ـ البهى (د. أحمد عبدالمنعم) : من طرق الإثبات فى الشريعة والقانون، القاهرة، دار الفكر العربى ١٩٦٥م.

٣ ـ النداوى (آدم وهيب) : دور الحاكم فى الإثبات المدنى، دراسة مقارنة، بغداد ١٩٦٦م.

(ب) كتب قانونية :

(١) مرافعات مدنية وتجارية

١ ـ هاشم (د. محمود محمد) : إجراءات التقاضى والتنفيذ، ج ١ جامعة الملك سعود ١٤٠٩هـ.

٢ ـ والى (د. فتحى) الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية ١٩٨٠م

٣ ـ أبو الوفا (د. أحمد) : المرافعات المدنية ط ١٢ سنة ١٩٧٧.

(٢) قانون إدارى

١ ـ الفياض (د. إبراهيم طه) العقود الإدارية ط ١ ـ الكويت ١٩٨١م.

٢ ـ الشرقاوى (د. سعاد) المسئولية الإدارية دار المعارف ١٩٧٢ (ط٢).

٣ ـ الطماوى (د. سليمان) النظرية العامة للقرارات الإدارية ١٩٦٦هـ (ط٣).

٤ ـ الوالى (د. محمود إبراهيم) نظرية التفويض الإدارى ١٩٧٩م (ط١).

(٣) قضاء إدارى

١ ـ إسماعيل (د. خميس السيد) : قضاء مجلس الدولة وإجراءات وصيغ الدعاوى الإدارية ١٩٨٨م (ط٢).

٢ ـ الجرف (د. طعيمة) : مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، القاهرة ١٩٧٦م:

٣ ـ الطماوى (د. سليمان) : القضاء الإدارى ط٢.

٤ ـ بدران (د. محمد محمد) رقابة على أعمال الإدارة، الكتاب الأول، مبدأ المشروعية، القاهرة ١٩٨٥م

٥ ـ خليل (د. محسن) : القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة، القاهرة ١٩٦٨ (ط٢).

٦ ـ حسن (د. عبدالفتاح) : قضاء الإلغاء ١٩٨٧م.

٧ ـ عبدالله (د. عبد الغنى بسيونى) ولاية القضاء الإدارى على أعمال الإدارة، قضاء الإلغاء، منشأة المعارف بمصر ١٩٨٣م.

٨ ـ والى (د. فتحى) الوسيط فى قانون القضاء المدنى، دار النهضة العربية ١٩٨٠م.

٢ ـ أهم المقالات ومجموعات الأحكام والمذكرات الايضاحية.

١ ـ ابو سعد (د. محمد شتا) ١ ـ مفهوم القوة القاهرة، مجلة مصر المعاصرة أكتوبر ١٩٨٢م.

٢ ـ خطأ المضرور، مجلة مصر المعاصرة أكتوبر ١٩٨٣م.

٢ ـ الفوزان (د. عبدالله بن سعد) ديوان المظالم فى ظل نظامه الجديد، مجلة الإدارة العامة ع ٣٥.

٣ ـ موسى (د. أحمد كمال الدين) ديوان المظالم بين الحاضر والمستقبل، مجلة الإدارة العامة ع ٣٤ شوال ١٤٠٢هـ ـ يوليو اغسطس ١٩٨٢م.

٤ ـ مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية المشار إليها.

٥ ـ مجموعات أحكام القضاء الإدارى، المشار إليها فى السنوات: الثامنة والعاشرة والحادية عشرة. ومجموعات المبادئ للمحكمة الإدارية المشار إليها.

٦ ـ المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المرافعات المدنية المصرى لعام ١٩٤٩م.

ثانيا : أهم المراجع المشار إليها باللغتين الانجليزية والفرنسية.

1 – **AGARAWALA'S PLEADING AND PRECEDENTS IN INDIA**, 2 ND ED.,.

2 – CHRISTIAN GABOLDE, **LAPROCEDURE DES TRIBUNAUX ADMINISTRATIVS, DALLAS**, 1981.

3 – DELAUBADERE (ANDRE) -1- **TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS TOME** 2 PARIS 1956; -2- DROIT ADMINISTRATIVE (C.A) COURS DOCTORAT DR. P. LE CAIRE 1971.

4 – GARCONET ET CIZAR-BRU, **TRAITE THEORIQUE ET PRATION DEPROCE DURE CIVILESET COMMERCIALES** 3ME ED., PARIS SIREY 1912/1913.

5 – GEZE : ESSAI D'UNE THEORIE GENERALE SUR L'INELUENCE DES MOTIFS DETERMINANTS SUR LA VALIDITE DES ACTES JURIDIQUS S EN DROIT PUBLIC FRANCAIS R.D.P. 1922.

6 – LA COSTE (M.L) **PRECIS ELEMENTAIRE DE PROCEDURE CIVIL**, PARIS, SIREY 1949.

7 – LAFERRIERE (F) **TRAITE DE JURIDICTION ADMINISTRATIVE ET DE RE COURS CONTENTIEUS** 2 ME ED.,(1896).

8 – MULLA (SIR DANISH FARDUNJI) **THE CODE OF CIVIL PROCEDURES** 9TH ED., CALCUTTA 1954 Vol. 2.

9 – ODGERS : **ON PLEADINGS AND PRACTICE** (19TH ED.,) BY GILES FRANCIS HARWOOD, LONDON 1963.

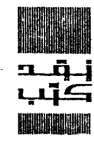
10 – VINCENT, **PROCEDURECIVIL** 18ME ED., PARIS, DALLOZ 1978.





السنة ١١
العدد ٤٢
ربيع الثاني
جمادي الأولى
جمادي الآخرة
١٤٠٤ هـ

في هذا العدد



دراسة في كتاب
المسئولية الإعلامية في الإسلام

تأليف: الدكتور/ محمد سيد محمد

الدكتور/ محمد شتا أبو سعد

الأستاذ بجامعة أم درمان الإسلامية

محمد ، محمد سيد . المسئولية الإعلامية في الإسلام . القاهرة : مكتبة الخانجي ، الرياض : دار الرفاعي ١٤٠٣ هـ = ١٩٨٣ م ، ٤٠٠ ص ، ٢٤ سم .

الدعوة الإسلامية في حاجة إلى دراسات محايدة ، من المنظور الذي تُوجِّهُ إليه الدعوة . ويكون الحياد العلمي أكثر ضرورة ، عندما تتحول لغة الدعوة ، من لغة عربية إلى لغة أخرى تترجم عنها ، لأنها لا تعتمد على اطارها المحلي بل تتشح بوشاحها المنطقي الذي يواكب الفكر العالمي المعاصر .

والكتاب الذي أحاول تقديم دراسة لأهم أفكاره هو كتاب من هذا النمط العالمي من أنماط التفكير ، لأنه يتسم بسمات جوهرية هيأته لينال هذه المكانة التي ينبثق منها شرف التمثيل العالمي للفكر الإسلامي ، وأهم هذه السمات : تقنين استعمال الاطار اللغوي ليكون منطبق الدلالة على المفهوم الفكري ، دون مجازات لفظية ، أو محسنات لغوية ، واستعراض الأفكار على أساس ترابط السياق في المعنى ، حتى تتأكد الفكرة المحورية للكتاب ، ذلك أن هذا الكتاب ينطق من ألفه إلى يائه بأبعاد فكرة المسئولية الاعلامية في الإسلام ، ومعنى ذلك أنه ليس مجرد حشد لمعلومات نافعة لكل ذي فكر ، وإلا لكان مجرد انطباعات قوية ، أكثر منه محاولة ذكية لبناء نظرية في المسئولية الاعلامية في الإسلام ، ومن هنا كان التميز الجوهري لهذا الكتاب عن أي كتاب آخر يمكن أن يتطرق لفكرة المسئولية الاعلامية في الإسلام .

كذلك فان هذا الكتاب كان درجة أعلى من كل الدرجات التي وصلت إليها جهود مخلصة ، وضعت الاعلام في الإسلام نصب أعينها ، بسبب المنهجية التي صاغت تمهيده الذي وصل بذكاء علمي إلى فصله الأول عن ماهية الاعلام الإسلامي ، وربطت ذلك الفصل بالفصل الثاني المتعلق بوسائل الاعلام في عصر النبوة ، وإذا كان العرب أمة شاعرة ، وكان للإسلام موقف من الشعر ، فكان السياق المنهجي المنطقي أن يقود ذلك إلى فصل ثالث عن الدور الاعلامي للشعر في عصر النبوة . وإذا كان عنف التيار المعاكس هو الذي يمكن أن يبين مدى قوة الفكرة المحورية للمسئولية الاعلامية في الإسلام ، فكان من البديهي أن يتعرض الكاتب في الفصل الرابع لأبعاد الحرب النفسية في عصر النبوة ، حتى إذا ما حقق الاعلام في الإسلام غايته ، كان مقتضى ذلك ولازمه أن يتعرض المؤلف لفلسفة الاعلام في الإسلام ، وقد كان ذلك هو موضوع الفصل الخامس . ولما كان اتضاح فلسفة الاعلام في الإسلام ييسر البحث عن الآفاق الدولية للإعلام الإسلامي ، فقد اهتم المؤلف في الفصل السادس بدراسة المجال الدولي للإعلام الإسلامي ، وختم مؤلفه بميثاق شرف إسلامي للإعلام .

هكذا كان الترابط المحكم للمادة العلمية التي وردت في كل فصل ، ولذا نحاول القاء الضوء على أهم الحقائق الكبرى في هذا الكتاب ، تلك الحقائق التي استطاع المؤلف أن يضع يده عليها والتي تتمثل في الآتي :

أولاً : لفت نظر المستشرقين إلى ضرورة تفهم الحقائق التاريخية قبل التعرض بالنقد للإسلام ، ولبنيانه المتين ، وللعرب وذلك بالتجرد في الحكم وعدم اطلاق الأحكام الانفعالية التي تغض من قيمة المستشرق ، وتنم عن عدم موضوعيته بل وعن تعسفه في بعض الأحيان . ومن هذا المنطلق فلا يجب تصنيف الإسلام في القوالب التي عرفها الفكر الأوربي ، وتقوقع حولها ، ودفعه تقوقعه إلى نرجسية علمية لا ترى غير رؤية الغرب ، ولذا فان المؤلف يضع يد المستشرقين على حقيقة الدين ، كعقيدة وشريعة ، وكدين ودولة ، وكفكر وعمل . وفي نطاق ذلك فان الادراك والشعور يلعبان دوراً جوهرياً كبيراً في الاهتداء إلى الناموس الديني ، وما يقتضيه ذلك من طاعة بالارادة ، وتحمل التبعة عن بينة وادراك .

ثانياً : الربط المنطقي بين وظائف الاعلام ومقومات الإسلام : ولاشك ان ادراك تطور وظائف الاعلام يجعل الاعلام الإسلامي حقيقة مؤكدة ، إذا تم الربط بينه وبين أساسيات مقومات الإسلام ، ووظائف الاعلام كثيرة وخطيرة ، ومنها الوظيفة الاخبارية التي تجعل الخبر أساس المعرفة ، والوظيفة التنموية التي تجعل البعد الاجتماعي بعداً شاملاً في حركة المجتمع ، والوظيفة التربوية التي تثير فكرة المفهوم الشامل للتربية

سواء بالنسبة لمن تركوا مقاعد الدراسة ، او لازالوا معنيين بها ، والوظيفة الديمقراطية التي تكفل حق الفرد في التعبير عن رأيه ، ثم وظائف الاعلانات والترفيه والخدمات العامة ، كلها وظائف مقبولة في ظل الإسلام ، الذي يعكس شمول العقيدة وتكامل البناء الاجتماعي ، ولذا فان الاعلام الإسلامي يؤتي ثمرته العظمى ، عندما يتحول المجتمع كله الى مجتمع عقيدة اسلامية ، تطبق شريعة الله في كافة مناحي الحياة ، خاصة وان عقيدة الإسلام أساسها التوحيد الخالص ، ودعامتها المساواة المطلقة ، وجوهرها الوسطية ، وأداتها الفكر الانساني الخلاق ، ولذا فالعقيدة ، رغم أنها تمثل الجانب الغيبي في الإسلام ، إلا أن جانبها التطبيقي في صورة قوانين ومعاملات وحقوق وواجبات خاصة وعامة ، يحتاج إلى دعوة ، والدعوة تكاد توازي مفهوم الاعلام في الإسلام وهدف الدعوة اخراج الناس من الظلمات إلى النور بإذن الله ، بفكر وتبصر ، لا بتعمية وتعتيم ، ومن هنا كان الاعلام جوهر الدعوة ، سواء تعلق الأمر بمسجد وخطيب ، أو بكتاب وفكر ، أو باذاعة مسموعة أو مرئية ، وداعية .. الخ .

ثالثاً : تأكيد منطقية الإسلام من خلال دور الاعلام في عصر النبوة :

نشأة الاعلام في الإسلام لم تكن نشأة عفوية ، وإلا كان يمكن أن تكون محدودة في الزمان ، ولم تكن تكتيكية ، والا لأمكن أن تعد رد فعل غير مكتمل البنيان ، ولكن نشأة الاعلام في الإسلام ، كانت نشأة مقصودة ، كاطار عام ، لمجموعة القيم الكبرى ، التي أراد الإسلام ارساءها في روية لا تعرف الانفعال ، وأناة لا تعرف التعجل أو الابتسار ، ومن هنا ، كان المسجد وعاء الاعلام الأول الذي تبلورت فيه الخطبة والندوة والمحاضرة ، واختمرت فيه فكرة ارسال المندوب الاعلامي ، وتمخضت عنه فكرة المناظرة والحوار ، فانبثقت منه مسيرة الدعوى بعد أن تمرس فيه أكفأ الاعلاميين وأكثرهم ثباتاً على العقيدة ومنهم من استشهد ، ومنهم من قابل الملوك وأفهمهم أبعاد الرسائل ، حتى إذا ما حانت لحظة الوداع ، والتحاق المصطفى ﷺ بالرفيق الأعلى كانت خطبة الوداع دستوراً اعلامياً ، وعقائدياً ، يندر مثيله في تاريخ حضارات الأديان .

رابعاً : تقنين الدور الاعلامي للشعر في عصر النبوة :

العرب أمة عبقرية تجيد قرض الشعر ، وكان النبوغ فيه يعني التفرد والعظمة في فن يهيء لصاحبه أن يكون محطة اذاعة ، ودارا صحفية ، ومؤسسة للعلاقات العامة ، ودارا للنشر في نفس الوقت ، وكان شاعر القبيلة هو مخلد مآثرها ، والمدافع عنها ، كان نديم الملوك ، والمتشفع لديهم ، وبالجملة فقد كان الشعر ديوان العرب ، والشاعر باريه ومبدعه .

ولقد استطاع المؤلف أن يضع يدنا على

فكرة بالغة الأهمية في نطاق الدراسات الانسانية ، هي فكرة وضع الضوابط ، ورسم الحدود للأفكار ، وإذا كان الشعر انعكاساً للحس المرهف ، فقد كان من العسير تصور امكان تقنين الدور الاعلامي للشعر بعد الرسالة ، ولكن اختيار الأفكار جعل التناول سهلاً وميسوراً ، وها هو ذا المؤلف ، يضع معالم التمييز بين دور الشاعر قبل الإسلام ودوره بعد الإسلام ، ذلك أن طبيعة الإسلام ، وهو منهج حياة كامل معد للتنفيذ على واقع الحياة ، وحركة ضخمة في الضمائر المكنونة ، لا تلائمها طبيعة الشعراء كما عرفتهم البشرية قبل الإسلام ، لأن الشاعر يخلق حلماً في حسه ، ويغني فيه ، ويعبر عنه ، ويقنع به ، أما الإسلام فهدفه الواقع ، بما يقتضيه من تغير فيه ، لصالح الانسانية ، لذا فإن الشعر بعد الإسلام ، تقنن دوره وتحدد في اطار تحقيق اطار انساني واقعي نموذجي رفيع ، ومن هنا ارتبطت الوسيلة الاعلامية للشعر بغايته الواقعية في الإسلام ارتباطاً لا يقبل التجزئة . وجوهر الأمر أن للإسلام تصوراً خاصاً للحياة ، وللعلاقات الفاضلة فيها ، والروابط الأمنية المنبثقة عنها ، فأي شعر يحقق هذا الجوهر ، كان شعراً مقبولاً في الإسلام ، وان كان مقبولاً ، فانه يمكن أن يؤدي دوره القيم في مجال الاعلام .

وهنا تبدأ جولة المؤلف مع شعراء الدعوة في عصر النبي ﷺ ، فطبق نظريته على حسان بن ثابت ، وعبدالله بن رواحة ، وكعب بن مالك ثم الشعراء الذين أسلموا بعد ذلك ومنهم كعب بن زهير بن أبي سلمى وعبدالله بن الزبعري ، وقال ان قصائد الشعراء في عصر النبوة كانت تسجل وقائع الحياة تسجيلاً أميناً ، بهدف خلق واقع حياتي أمثل ، ولخص الموقف العقائدي من الشعر في أن القرآن ليس شعراً وأن النبي ليس شاعراً ، وأن الحكم على الشعر بمضمونه وبهدفه ، وان الشعر جهاد باللسان ، وان الاستخدام الاعلامي العام للشعر مسموح . ومن هنا تحمل الشعراء مسئولياتهم في الإسلام وصبوا مضامين الثقافة الإسلامية في قصائدهم .

خامساً : تجلية دور الاعلام في الإسلام من خلال أبعاد الحرب النفسية في عصر النبوة :

اصطلاح الحرب النفسية اصطلاح حديث ، ولكن مضمونه كان قائماً دائماً ، حتى في عصر النبوة ، بل وقبل ذلك ، فقد كسب أمنحوتب الثاني (١٤٢٠ قبل الميلاد) بعض معاركه دون قتال باستخدام أساليب الحرب النفسية ، وجنكيز خان أحيانا، وكان العباسيون والفاطميون من صانعي تنظيمات الدعاة والدعاية والأمثلة واضحة وجلية في الدول الاستعمارية وعندما تحتدم الصراعات بين الكتل والدول ، وهنالك مأساة الدعاية السوداء التي تفرز عصارتها الصهيونية العالمية وتبث سمومها في أعماق الأمة الإسلامية ، ولقد كان المؤلف في قمة عطائه الإبداعي عندما أكد أن اللغة

العربية الفصحى هي الوشيحة السامية ، أو الرباط الأبدي ، الذي يوحد بين أوطان العروبة ويربطها بالقرآن مع سائر أوطان الإسلام في آن واحد ، ولذا فان الحرب النفسية ضد أية دولة إسلامية هي حرب مركزة ضد أحد الأعصاب الحساسة في جسد الأمة الإسلامية ، فالدعاية المغرضة ، ومحاولات تضليل الرأي العام ، هي من أخطر الأخطار على الإسلام .

وإذا كان ذلك كذلك فإن نجاح الإسلام كان عظيماً في مواجهة الحرب النفسية التي شنها المنافقون والكفار واليهود والشراذم ، والمضللون ومدّعو النبوة ، والمكذبون ، والهمازون ، والمشاؤون ، وطالبو المعجزات ، والمجادلون بالمغالطة ، وملفقو التفسيرات ، والمتصدون لمن تبعوا الإسلام ، ومطلقو الأسماء القبيحة على خاتم الرسل ، والحاسدون والحاقدون ، ومحاولو فتنة الرسول ، ومستغلو الأخطاء الفردية ، ومعمموها ، ومجسدوها ، والمتشفون ، ومن ملأ الغل قلوبهم ، والمفكرون في نبش القبور ، وباثو روح التخاذل ، ومحاولو الغواية ، ومحاولو أنصاف الحلول ، ومشوهو صورة المسلمين في العالم الخارجي ، وقادة حملات التشكيك المستمرة ، وصانعو الحصار الاقتصادي والمقاطعة الشاملة ، ومنتحلو الأعذار القبيحة ، والمشككون في القرارات .

ولقد بين المؤلف سر هذه العظمة في كل فكرة طرحها من الأفكار المتقدمة ، وهي أفكار يصلح كل منها أن يكون رسالة مستقلة ، تؤكد أن انتصار الإسلام قديماً ، ازاء فتن أعظم ، هو تأكيد لامكان انتصاره حديثاً ، مهما كانت تلك الفتن ، والا فكيف نفسر انتصار الإسلام على وقائع الحرب النفسية في عصر النبوة والتي كان من أهم مظاهرها ، محاولات الاغتيال ، والتأويلات الخاطئة المضلة المضللة لزواج الرسول ﷺ من السيدة زينب بنت جحش ، وما بثه المنافقون من سموم أبان غزوة الأحزاب ، ومحاولة نشر الفتنة بين المهاجرين والأنصار ، ونشر حديث الإفك ، ومسجد الضرار ، وادعاء النبوة ، كيف نفسر انتصار الإسلام ، واعلام الإسلام ، في الرد على كل هذه المكايد والانتصار للحق مالم تؤمن جزماً ويقيناً ان رسالة الحق لم ولن يجانبها الحق في يوم من الأيام .

سادساً : بناء أصول نظرية عامة للإعلام في الإسلام :

للإعلام نظرياته التي صنفها الباحثون ، كنظرية السلطة ، ونظرية الحرية ، ونظرية المسئولية الاجتماعية ، والنظرية السوفيتية وغيرها ، وهي نظريات لفظها المؤلف لأنها لم تقدم ، فيما يرى ، التصور الحقيقي للإعلام المعاصر ، ونقد نظريات الاعلام المعاصرة في النظرية الليبرالية ، والنظرية الشمولية ، والنظرية المختلطة ، ولقد ناقش المؤلف بعمق دعامات هذه النظريات سواء

كانت الدعامات قانونية أم اجتماعية في صورة فكرة الملكية .. أم غير ذلك ، وانتهى إلى أن نظريات الاعلام جزء من فلسفة الاعلام ، لأن الاعلام أعمق وأشمل من نظرياته ، ومن هنا رفع اللبس الشديد الذي أشاعه استخدام نظريات الاعلام كسَمِيٍّ لفلسفة الاعلام أو مذاهب الإعلام ، رغم التغاير المطلق بين هذه الاصلاحات، وفي ضوء ذلك حدد فلسفة الاعلام في الإسلام ، في اطار الدعوة إلى الخير والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، والدعوة إلى سبيل الله بالحكمة والموعظة الحسنة ، وما أراده الخلاق العليم من جعل القرآن تذكرة لمن يخشى ، وما هو ثابت من دفع الحق للباطل ، والاستمساك بالوحي ، وتيسير القرآن باللسان العربي المبين ، وطبيعة دور الرسول كشاهد ومبشر ونذير ، ووجوب التعارف ، وغير ذلك من المعاني السامية ، التي عدد عشرات الآيات القرآنية التي تنطوي عليها ، والأحاديث التي تؤكدها .

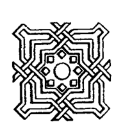
وفي اطار كل ما تقدم حدد مضمون وأصول النظرية العامة للإعلام في الإسلام ، وركائز فلسفة الاعلام الإسلامي ، في أن الاعلام الإسلامي اعلام عقائدي وانه حق لكل مسلم ومسلمة ، وانه فرض كفاية ، وانه اعلام عام علني ، وانه اعلام بلا اكراه ، ومن خلال هذا الاطار العام عدد عناصر العمل في ظل الفلسفة الاعلامية الإسلامية والتي أجملها في الفرد والمجتمع المحلي والدولي ، والقائم بالاعلام والسلطة ، والمصالح المالية والمؤسسات ، والمحتوى والمضمون ، وكان لزاماً على المؤلف أن ينقض دعاوى الهدم فحدد موقف الاعلام الاسلامي من الترويج وأوضح موقف الإسلام من نقل الشائعة والبلبلة الفكرية ، وأبان عن موقف الإسلام من السب والقذف والجدل والحوار والوصف . وهكذا كانت المحصلة نظرية عامة للإعلام في الإسلام تستطيع أن تقف في المجال الدولي وقفة متميزة ومتفردة .

سابعاً : تحديد المجال الدولي للإعلام الإسلامي :

لقد صار الأعلام في الكرة الأرضية كالجهاز العصبي ، ونتيجة لعوامل عديدة زادت مساحة التداخل بين الإعلاميين المحلي والدولي ، وانعكس ذلك على مظاهر وسائل الاعلام الدولي المعاصرة ، من ارتباط بين الوسائل والعقائد وبين التقدم والتخلف وبين الفقر والغنى ، ومن أن الخبر صار السلعة الرئيسية ، ومن تأكد الارتباط بين تكنولوجيا الاعلام والسوق ، بل انعكس ذلك على الاعلام المحلي ، وعلى منظمات الاعلام الدولي والظواهر التي تحكمها وهي الوظيفة الاعلامية ، وانطلاق المنظمات الدولية ، ونشأة منظمات اعلامية دولية اقليمية ، أو نوعية وإذا كان الأمر في مجال كهذا يقتضي الحديث عن المنظمات الشعبية فقد عالج المؤلف فكرة رابطة العالم الإسلامي ، وميز دورها عن دور منظمة العالم الإسلامي التي تعد منظمة حكومية ، وتطرق إلى مسجد

باريس ، والمركز الثقافي الإسلامي بمسجد لندن ، والمساجد والمراكز الإسلامية [illegible] ومنضمة اداعات الدول العربية ، وهدفها الخاص بنشر الدعوة الإسلامية والاهتمام بالتراث الإسلامي والتعريف بالقضايا الإسلامية والدفاع عنها ، إلى غير ذلك من أهداف كبرى ، ثم استظهر المؤلف أهم مشكلات منظمات الاعلام الإسلامي ، وبحث الامكانيات الاعلامية في الحج ، واستعراض ما يواجه الاعلام الإسلامي على الساحة الدولية من أعلام استعماري واعلام شيوعي واعلام وثني وحركات تحريف [illegible] الدولي للإعلام الإسلامي وانتهى بميثاق شرف اسلامي للإعلام .

هذا ما أستطعت الوقوف عليه ، وأعترف انني كلما عاودت القراءة استخلصت الجديد في هذا الكتاب الذي يعد بحق واحداً من أهم الأعصاب الحساسة في جسم الاعلام الإسلامي .



فهرست

xxxxxxxxxxxx

تم بحمد الله

رقم الايداع بدار الكتب ١٩٩٣/٢٧٢١

